

FOLKEMORD

-

EN ANALYSE OG TOLKING AV ART.6 i VEDTEKTENE TIL DEN INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOL

Kandidatnr: 332

Veileder: Torunn Salomonsen

Leveringsfrist: 25. april

Til sammen 17749 ord

19.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
2	<u>KORT OM RETTSKILDESITUASJON</u>	3
3	<u>BAKGRUNN OG HISTORIKK</u>	5
3.1	FOLKEMORDKONVENSJONEN OG BAKGRUNNEN FOR DENS OPPRETTTELSE	5
3.2	KORT OM UTVIKLING AV RETTSPRAKSIS I RWANDA- OG JUGOSLAVIADOMSTOLEN, HAAGDOMSTOLEN OG DEN INTERNASJONALE STRAFFEDOMSTOL	7
4	<u>ANALYSE OG TOLKING AV ART.6 I ICC</u>	8
4.1	INNLEDNING	8
4.2	DE OBJEKTIVE VILKÅRENE	9
4.2.1	HVILKE KJENNETEGN MÅ VÆRE TILSTEDE FOR AT EN GRUPPE OMFATTES AV ART.6	9
A.	Nasjonal gruppe	11
B.	Etnisk gruppe	14
C.	Rasemessig gruppe	18
D.	Religiøs gruppe	20
E.	Andre grupper	21
4.2.2	HVILKE KRITERIER ER AVGJØRENDE FOR AT EN PERSON ANSES FOR Å VÆRE MEDLEM AV EN GRUPPE	24
4.2.3	DE FEM UNDERLIGGENDE HANDLINGENE	26
4.2.3.1	Å drepe medlemmer av gruppen	27
4.2.3.2	Å forårsake alvorlige legemlig eller psykisk skade på medlemmer av gruppen	29
4.2.3.3	Bevisst å la gruppen utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke dens fysiske ødeleggelse helt eller delvis	33
4.2.3.4	Å påtvinge tiltak som tar sikte på å forhindre fødsler innen gruppen	34
4.2.3.5	Med makt å overføre barn fra gruppen til en annen gruppe	35
4.2.4	KNYTTER DET SEG ET KONTEKSTUELT VILKÅR TIL DE UNDERLIGGENDE HANDLINGENE	36
		I

4.3	DE SUBJEKTIVE VILKÅRENE	38
4.3.1	INNHALDET I HENSIKTSKRAVET	38
4.3.2	HVA MÅ HENSIKTEN DEKKE	43
4.3.2.1	Geografiske begrensninger	47
4.3.3	GJERNINGSMANNEN MÅ HA DEN HENSIKT Å ØDELEGGE EN GRUPPE SOM SÅDAN	48
5	<u>AVSLUTNING</u>	<u>49</u>
5.1	OPPSUMMERING AV UTVIKLINGEN AV FORBRYTELSEN FOLKEMORD	49
5.2	BEGRENSNINGER I OPPGAVEN	51

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Folkemord er en av de forbrytelser som faller inn under jurisdiksjonen til Den Internasjonale Straffedomstolen¹ ("The International Criminal Court", heretter kalt ICC).² Art. 6 i vedtektene til ICC (heretter kalt Roma-vedtektene) oppstiller folkemord som en egen forbrytelseskategori.³ Folkemord er vanligvis forstått som det forsettlig drap eller andre handlinger som utføres i den hensikt å ødelegge eller tilintetgjøre hele eller deler av en gruppe eller medlemmer av gruppen. Bestemmelsen oppstiller de hovedvilkår som må oppfylles for at en gjerningsmann kan straffes for folkemord. Det foreligger en beskrivelse av den straffbare handling og enkelte subjektive vilkår. I tillegg må også det alminnelige forsettskravet i art. 30 være oppfylt og det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunner. Selv om ikke gjerningsmannen egenhendig oppfyller de vilkår som følger av art. 6, kan det tenkes at han kan holdes ansvarlig etter de prinsipper som er nedfelt i art. 25 om medvirkning, oppfordring eller forsøk på folkemord, samt art. 28 om overordnede ansvar. Oppgaven skal gi en analyse og tolking av art. 6. Med andre ord søker fremstilling å klargjøre det nærmere innholdet av forbrytelsen folkemord slik den fremgår av bestemmelsen.

Art 6 i Roma-vedtektene lyder som følger:

"Med "folkemord" menes i disse vedtekter en hvilken som helst av de følgende handlinger som er begått i den hensikt å ødelegge helt, eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan:

a) å drepe medlemmer av gruppen,

¹ ICC ble etablert av "The Rome Statute of the International Criminal Court" 17. juli 1998, UN Doc. A/CONF.183/9, men trådte ikke i kraft før 1. juli 2002. 10. mars 2003 hadde 89 stater ratifisert Roma-vedtektene.

² Roma-vedtektenes art. 5.

³ Roma-vedtektenes art. 6.

- b) å forårsake alvorlig legemlig eller psykisk skade på medlemmer av gruppen,*
- c) bevisst å la gruppen utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke dens fysiske ødeleggelse helt eller delvis,*
- d) å påtvinge tiltak som tar sikte på å forhindre fødsler innen gruppen,*
- e) med makt å overføre barn fra gruppen til en annen gruppe.”*

Det foreligger ingen formell norsk oversettelse, denne er uoffisiell og vil ikke være autentisk.⁴

Bestemmelsen inneholder både objektive og subjektive vilkår. Den objektive siden består av de ulike gruppene som beskyttes av bestemmelsen og de fem folkemordshandlingene som nevnt i art.6 (a)-(e). Den subjektive siden omfatter hensikten å ødelegge en av de fire gruppene helt eller delvis. Det vil bli foretatt en tolkning av hvert av disse vilkårene og se dem i lys av de rettskilder som er relevante ved tolkningen av vedtektene.

Art. 6 har tilsvarende bestemmelser i FN-konvensjonen om forhindring og avstraffelse av forbrytelsen folkemord (heretter kalt Folkemordkonvensjonen) art. II⁵, Rwanda-domstolens art. 2(2)⁶ og Jugoslavia-domstolens art. 4(2)⁷. Definisjonen i Art 6 i Roma-vedtektene er praktisk talt identisk med art. II i Folkemordkonvensjonen.

Hovedvekten i oppgaven vil være de fire gruppene som er beskyttet av art. 6 og de subjektive sidene som art. 6 oppstiller. De underliggende handlingene og det alminnelige forsettskravet vil ikke bli tolket inngående fordi det lett vil sprengte rammene for fremstillingen. Det er spørsmålene om de øvrige vilkår som er mest sentrale for å klargjøre innholdet i forbrytelsen folkemord.

⁴ Se St.prp. nr. 24, 1999-11-26 om Roma-vedtektene for Den Internasjonale straffedomstol av 17. juli 1998.

⁵ Folkemordkonvensjonen om forhindring og avstraffelse av forbrytelsen folkemord ("The Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide"), 78 UNTS 277, vedtatt av FNs Generalforsamling 9. desember 1948, art. II.

⁶ "The International Criminal Tribunal for Rwanda" (Rwanda-domstolen), opprettet av FNs Sikkerhetsråd i 1994 ved en resolusjon; *UN Doc. S/RES/955 (1994)*.

⁷ "The International Tribunal for the Former Yugoslavia" (Jugoslavia-domstolen), opprettet av FNs Sikkerhetsråd i 1993 ved to resolusjoner; *UN Doc. S/RES/808 (1993)* og *UN Doc. S/RES/827 (1993)*.

Oppgaven starter med en kort redegjørelse av rettskildesituasjonen når det gjelder tolkningen av Roma-vedtektene. Deretter behandles kort historikken og bakgrunnen om reglene til forbrytelsen folkemord.

Dette kan være med på å belyse den sedvanerettslige utviklingen i folkemordsbestemmelsen. Det reiser seg mange interessante spørsmål i denne forbindelse som er knyttet til straffeforfølgning på et internasjonalt nivå utenfor rammene av ICC. Fremstillingen vil ikke gå i dybden på disse fordi spørsmålene ikke direkte angår folkemordsbestemmelsen. Neste kapittel vil utgjøre hoveddelen om analyse og tolking av art. 6 i Roma-vedtektene. Fremstillingen avsluttes med en vurdering av hvilke områder som eventuelt er avklart og/eller områder som fremdeles er uklare.

2 Kort om rettskildesituasjon

Art. 21 i Roma-vedtektene fastsetter rekkefølgen av tolkningsreglene for Roma-vedtektene. Vedtektene vil være utgangspunktet for tolkingen, sammen med de såkalte forbrytelseselementer i art. 9 i Roma-vedtektene.⁸ Disse elementene er utfyllende og veiledende beskrivelser av de enkelte straffebud i artiklene 6, 7 og 8. Art 21(1)(b) sier videre at sekundært og når det passer, så vil gjeldende traktater få anvendelse. Dette er typisk Folkemordkonvensjonen og dens forarbeider, som vil bidra til tolkningen. Folkemordkonvensjonen er ubestridelig betraktet som en del av internasjonal sedvanerett. Dette ble uttalt i en rådgivende uttalelse av Haagdomstolen (The International Court of Justice, ICJ) i 1951 om reservasjoner til Folkemordkonvensjonen⁹ og senere bekreftet av FNs Generalsekretær.¹⁰ Denne uttalelsen har aldri blitt bestridt av noen av medlemmene i FNs Sikkerhetsråd eller Generalforsamling. Forarbeidene til Folkemordkonvensjonen vil være relevante på grunn av at art. 6 i Roma-vedtektene er

⁸ Se Roma-vedtektene art. 21(1) litra a.

⁹ ICJ uttalte at det ikke var noen tvil om at Folkemordkonvensjonens bestemmelser var en del av internasjonal sedvanerett, *Case of the Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide*, Advisory Opinion, Rec. 1951.

¹⁰ Se Cassese (et al.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, s. 337; FNs Generalsekretær sin "Report on the establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 3. mai 1993, *UN Doc. S/25704*.

en ren avskrift av art. II i Folkemordkonvensjonen. Folkerettens regler og prinsipper kan være relevante etter art. 21(1) (b). Dette inkluderer sedvanerettsbaserte prinsipper. Disse prinsippene blir utviklet gjennom rettspraksis som i denne sammenheng først og fremst kommer fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen.¹¹

Videre i art. 21(1)(c) vil andre rettskilder også være relevante når de kildene som er nevnt i litra a og b ikke er tilstrekkelige. Dette vil være alminnelige rettslige prinsipper som er utledet fra domstoler fra nasjonale rettsregler, herunder, nasjonale rettsregler i stater som normalt ville utøve jurisdiksjon for forbrytelsen.¹²

Etter art. 21(2) kan domstolen anvende prinsipper og rettsregler slik de er blitt fortolket i Domstolens tidligere avgjørelser. Bruken av de rettskildene som er inkludert i denne bestemmelsen må i følge art. 21(3) være i samsvar med internasjonalt anerkjente menneskerettigheter og uten ugunstig forskjellsbehandling av noe slag.

Forbrytelseselementene er særegne tolkningsfaktorer for ICC. Art. 9 regulerer disse elementene, men definerer dem ikke nærmere.¹³ Elementene i art.9 ble utarbeidet av Den forberedende kommisjon etter at vedtektene ble vedtatt.¹⁴ Formålet med elementene er å begrense mulighetene for feiltolking av straffebudene, og gjøre deres anvendelse mer forutseende. Etter ordlyden i art. 9 er disse elementene ikke bindende. De skal veilede domstolen ved fortolkningen og anvendelsen av art. 6. Etter ordlyden i art. 21 er den naturlige forståelsen at elementene skal anvendes av domstolen, med andre ord er det påkrevd at domstolen skal bruke disse i sin tolkning. På bakgrunn av forhandlingshistorien til Roma-vedtektene er det art. 9 som skal legges til grunn. Ved forhandlingene var det aldri flertall for at forbrytelseselementene skulle være bindende faktorer. Statspartene godkjente forbrytelseselementene kun som veiledende faktorer. Til tross for at elementene ikke i seg selv er bindende, vil de likevel ha stor vekt ved tolkingen av art. 6 og vil reflektere forståelsen til statspartene.

¹¹ De viktigste dommene fra Rwanda-domstolen hvor folkemord blir berørt er Akayesu-dommen, Kayishema og Ruzindana-dommen, Rutaganda-dommen, Musema-dommen og Bagilishema-dommen. fra Jugoslavia-domstolen er det først og fremst Krstic-dommen og Jelusic-dommen.

¹² Se også ICJ- vedtektene art. 38.

¹³ "Rome Statute of the International Criminal Court", UN Doc. A/CONF.183/9, art.9.

¹⁴ Doc. PCNICC/2000/INF/3/ Add. 2, 6 juli 2000.

Forøvrig vil art.31 og 32 i Wienkonvensjonen om traktatretten komme til anvendelse.¹⁵

3 Bakgrunn og historikk

3.1 Folkemordkonvensjonen og bakgrunnen for dens opprettelse

Begrepet folkemord ble innført i språket vårt for første gang i 1944 av Raphael Lemkin på bakgrunn av de handlinger som nazistene begikk mot jødene under den andre verdenskrig. Lemkin definerte folkemord som ødeleggelse av en nasjon eller av en etnisk gruppe.¹⁶ Handlingene under andre verdenskrig var også grunnlaget for opprettelsen av de første internasjonale straffedomstoler som kunne stille individer til ansvar for brudd på folkeretten. Domstolene ble opprettet av seierherrene etter andre verdenskrig og blir omtalt som Nürnberg- og Tokyo-domstolene.¹⁷ Art. 6 i vedtektene til Nürnberg-domstolen oppstiller tre hovedkategorier for internasjonale forbrytelser; 1) forbrytelser mot freden, 2) forbrytelser mot menneskeheten og 3) alvorlige krigsforbrytelser.¹⁸ Domstolene nevnte ikke folkemord eksplisitt. Utryddelsen av jøder og andre etniske eller religiøse grupper er en form for folkemordshandlinger men ble hovedsakelig relatert til forbrytelsen om forfølgelse som karakteriseres som forbrytelse mot menneskeheten.¹⁹ Folkemord var derfor en del av forbrytelser mot menneskeheten.

Folkemord ble derimot eksplisitt diskutert i andre domstoler i etterkrigstiden. Disse ble avholdt av nasjonale domstoler. En amerikansk domstol som satt i Nürnberg avsa den første dommen hvor flere gjerningsmenn ble dømt for folkemord.²⁰

¹⁵ "The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969", 1155 U.N.T.S. 331. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men vil likevel være bundet fordi store deler av konvensjoner anses som internasjonal sedvanerett.

¹⁶ Se Triffiterer, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. I*, s. 335; Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Washington: Carnegie Endowment for World Peace, 1944.

¹⁷ "The International Military Tribunal" i Nürnberg, Tyskland; og "The International Military Tribunal for the Far East" i Tokyo, Japan.

¹⁸ Vedtektene til de to domstolene er i det vesentlige analogiske, så innholdet denne bestemmelsen vil også være i vedtektene til Tokyo-domstolen.

¹⁹ *France v. Goering et al.*, (1946) 22 IMT 203, s. 45-46.

²⁰ *United States of America v. Greifelt et al.*, (1948) 13 LRTWC 1 (United Military Tribunal), s. 3-19.

En polsk domstol dømte Rudolf Franz Hoess, en av de militære sjefene i Auschwitz, for folkemord på bakgrunn av at han hadde begått folkemordhandlinger som blant annet forhindring av fødsler av jøder, kidnapping av jødiske barn og tvangsflytting; i tillegg hadde han den hensikt å ødelegge deler av den jødiske gruppen.²¹

Folkemordkonvensjonen ble også til med bakgrunn i de overgrep som fant sted mot deler av sivilbefolkningen før og under den andre verdenskrig, spesielt jødeforfølgelsene. Folkemord ble dermed godtatt av FNs Generalforsamling som et prinsipp i internasjonal rett og i 1948 ble Folkemordskonvensjonen opprettet.²² Her ble folkemord ansett som en egen forbrytelseskategori i motsetning til i vedtektene til Nürnberg- og Tokyodomstolene. Folkemordkonvensjonen definerer innholdet i folkemordsbestemmelsen; straffer andre former for deltakelse som er forbundet med folkemord, som sammensvergelse og medvirkning; og forbyr folkemord uavhengig av om det er i krigs- eller fredstid. Dermed ble folkemord krystallisert inn i internasjonal rett. Folkemordskonvensjonen fikk tilnærmet universell oppslutning og ble akseptert som et internasjonalt menneskerettsinstrument. På grunnlag av den store oppslutningen anses Konvensjonen i det vesentlige som uttrykk for internasjonal sedvanerett. Dette ble anerkjent av Haagdomstolen i en rådgivende uttalelse.²³ FNs Generalsekretær bekreftet at prinsippene i Folkemordkonvensjonen var å betrakte som en del av internasjonal sedvanerett i sin rapport om opprettelsen av Jugoslavia-domstolen.²⁴ Det bemerkes også at ingen av medlemmene i FNs Sikkerhetsråd eller Generalforsamling noen gang bestred uttalelsen. Folkemord ble også ansett som *jus cogens*²⁵ av Haagdomstolen på grunn av dens meget store tyngde. Forbudet mot folkemord vil også få et universalt preg når det karakteriseres som *jus cogens*.²⁶ Dette ble også gjentatt i blant annet Jelisić-dommen og Krstić-dommen.²⁷ Som følge av manglende internasjonal mekanisme for straffeforfølgning har det vært problematisk å gjennomføre dette forbudet mot

²¹ *Poland v. Hoess*, (1948) 7 LRTWC 11 (Supreme National Tribunal of Poland), s. 3-19.

²² “The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, opprettet av FNs Generalforsamling gjennom resolusjon 260 A (III) 9. desember 1948 og trådte i kraft 12. januar 1951.

²³ ICJ, *Case of the Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide*, Rec. 1951

²⁴ FNs Generalsekretær sin “Report on the establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 3 mai 1993, UN Doc. S/25704.

²⁵ Art. 53 i Wienkonvensjonen om tolkning av traktater.

²⁶ ICJ, *Case of the Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide*, Rec. 1951, s. 53.

²⁷ *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 60; *Prosecutor v. Kristić*, IT-98-33, dom av 2. august 2001.

folkemord. Det var først på 1990-tallet at internasjonale domstoler ble opprettet og det internasjonale samfunnet kunne dømme individuelle personer for folkemord.

3.2 Kort om utvikling av rettspraksis i Rwanda- og Jugoslaviadomstolen, Haagdomstolen og Den Internasjonale straffedomstol

Rwanda-domstolen og Jugoslavia-domstolen var de første domstolene hvor individuelle personer kunne bli dømt for folkemord. Siden Folkemordkonvensjonen ble vedtatt var det kun i nasjonale domstoler personer ble dømt for folkemord. Den mest kjente er Eichmann-dommen; en dom avgjort av en israelsk domstol.²⁸ Haagdomstolen har kommet med noen få rådgivende uttalelser om folkemord. Den første rådgivende uttalelsen om folkemord var i 1993 i saken ”Bosnia and Herzegovina v. Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro)”.²⁹ Men domstolen sa bare generelt at folkemord var forbudt, ikke om det forekom folkemord eller når det eventuelt er snakk om folkemord. Folkemord har derfor blitt lite klargjort gjennom Haagdomstolen.

Jugoslavia-domstolen ble opprettet på bakgrunn av situasjonen i Jugoslavia. Det foregikk en systematisk overtredelse av internasjonal humanitær lov innenfor territoriet i det tidligere Jugoslavia, inkludert bruken av etnisk rensing. Dette ble sett på som en trussel mot internasjonal fred og sikkerhet av FNs Sikkerhetsråd. Art. 4(2) i vedtektene til Jugoslavia-domstolen oppstiller folkemord. Denne bestemmelsen er en ren avskrift av Folkemordkonvensjonens art. II. Det var i forbindelse med opprettelsen av denne domstolen at Generalsekretæren i sin rapport fastslo at folkemord hadde status som sedvanerett.³⁰ Av rettspraksis fra Jugoslavia-domstolen er det spesielt Krstic-dommen som er av interesse.³¹ Jelasic-dommen bidrar også til tolkningen av folkemord på noen

²⁸ *The Israeli Government Prosecutor General v. Adolph Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 December 1961, para. 541.

²⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, Requests for the Indication of Provisional Measures, 8 april 1993, ICJ Reports 16; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, Further Requests for the Indication of Provisional Measures, 13 september 1993, ICJ Reports 325.

³⁰ FNs Generalsekretærs ”Report on the establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 3. mai 1993, UN Doc. S/25704.

³¹ *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001.

områder, dette var også den første dommen om folkemord som ble avsagt av Jugoslavia-domstolen.³²

Rwanda-domstolen ble opprettet som en reaksjon mot folkemord og andre systematiske, omfattende og avskyelige overtredelser av internasjonal humanitær lov som var begått i Rwanda. Art. 2(2) i vedtektene til Rwanda-domstolen oppstiller vilkårene for folkemord. Denne bestemmelsen er også en ren avskrift av art. 2 i Folkemordkonvensjonen. Rettspraksis fra Rwanda-domstolen har bidratt mest til klargjøringen av innholdet i folkemordbestemmelsen. Det er først og fremst Akayesu-dommen som står for denne utviklingen. Akayesu-dommen er også den første endelige dommen om folkemord avgjort av en internasjonal domstol etter at Folkemordskonvensjonen ble opprettet.³³ Andre veiledende dommer fra Rwanda-domstolen er blant annet Kayishema og Ruzindana-dommen, Rutaganda-dommen og Musema-dommen.

4 Analyse og tolking av art.6 i ICC

4.1 Innledning

Art. 6 i Roma-vedtektene omfatter folkemord og oppstiller både objektive og subjektive vilkår for at en gjerningsmann kan straffes. For det første må gjerningsmannen ha utført en av de underliggende handlingene som er ramset opp i art. 6(a)-(e). Det vil si at han enten må drepe medlemmer av gruppen, forårsake alvorlig legemlig og psykisk skade på medlemmer av gruppen, bevisst å la gruppene utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke gruppens fysiske ødeleggelse helt eller delvis, påtvinge tiltak som tar sikte på å forhindre fødsler innenfor gruppen eller at han med makt overfører barn fra gruppen til en annen gruppe. Disse handlingene må for det andre være rettet mot et medlem eller medlemmer av en av de nevnte gruppene i art. 6. Det er fire grupper som beskyttes, det er nasjonale, etniske, rasemessige eller religiøse grupper. Det subjektive vilkåret i art. 6

³² *Prosecutor v. Jelusic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999.

³³ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998.

er at gjerningsmannen må ha den ”hensikt å ødelegge, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe”. Dette må foreligge ved siden av det forsettskrav som følger de underliggende handlingene i art. 6(a)-(e). Det alminnelige skyldkravet som gjelder i forhold til hver enkelt handling er nærmere regulert i art. 30 i Roma-vedtektene.

I den videre fremstillingen vil de objektive vilkårene behandles først og deretter de subjektive vilkårene.

4.2 De objektive vilkårene

Et av vilkårene for at en gjerningsmann eventuelt kan straffes for folkemord er at de underliggende handlingene må være rettet mot en person som tilhører en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe. Det vil derfor være nødvendig å klargjøre om de fire gruppene har noen felles kjennetegn som må være tilstede for å kunne omfattes av begrepet gruppe i art. 6. Deretter blir det et spørsmål om hver av de fire gruppene har særskilte kjennetegn. Det vil for det tredje være et spørsmål om andre grupper enn disse fire gruppene kan beskyttes av art. 6. De to sistnevnte spørsmålene vil bli diskutert i punkt A-E.

Til slutt må innholdet i hver av de underliggende handlingene tolkes for å finne ut når en gjerningsmann har begått en av de fire folkemordshandlingene.

4.2.1 Hvilke kjennetegn må være tilstede for at en gruppe omfattes av art.6

Spørsmålet er hvilke kjennetegn som må være tilstede for at en gruppe omfattes av art. 6. Det sentrale her er om gruppene har noen felles kjennetegn som gjør at de blir beskyttet av bestemmelsen.

Ordlyden sier ikke noe om dette. De fire gruppene er heller ikke klart definert i Folkemordkonvensjonen. Under arbeidet med Folkemordskonvensjonen ble det referert

til at gruppene måtte være stabile og varige, men dette var sjelden. Utenom dette var det ingen debatter som ga uttrykk for noen fellestrekk om gruppene som delegasjonene var enige om. Derimot kommer det frem av forarbeidene at politiske og økonomiske grupper ble ekskludert fra de beskyttede gruppene. Dette kan tolkes slik at gruppene ble ekskludert fordi de ble ansett som ustabile grupper hvor man slutter seg til gruppen gjennom individuell, politisk forpliktelse. En motsatt tolkning av dette kan synes at bestemmelsen vil beskytte stabile grupper. Forarbeidene til konvensjonen viser også at gruppene delvis overlapper hverandre og til tider er synonyme.³⁴

Domstolen i Akayesu-dommen har kommet frem til to felles kriterium for de fire gruppene. Domstolen har i denne dommen beskrevet en såkalt hypotese om at gruppene som er beskyttet av art. 6 kun er stabile og varige grupper. Gruppene vil være stabile fordi medlemskap i slike grupper vanligvis ikke kan bli utfordret av dens medlemmer, med andre ord vil den ikke lett forandre seg. Medlemme vil tilhøre gruppen automatisk ved fødselen som gjør at de er vil være medlemmer lenge.³⁵ Mer ustabile grupper som forener seg gjennom individuelle og frivillige forpliktelser slik som politiske, fagmessige, eller økonomiske grupper, er ekskludert fra folkemordskategorien. Disse vil ofte være i forandring fordi medlemmene kan for eksempel fort endre sitt politiske syn og melde seg ut av gruppen og de vil heller ikke automatisk være medlem av gruppene helt fra begynnelsen av.³⁶ Domstolen kom fram til disse kjennetegnene på bakgrunn av forarbeidene til Folkemordkonvensjonen som sa i følge domstolen i Akayesu-dommen at stabile og varige grupper skulle inkluderes. De mente at det var viktig å følge hensikten til de som utarbeidet Konvensjonen.

Domstolene i Rutaganda-dommen og Musema-dommen, hvor domstolen fulgte Rutaganda-dommen ordrett, vedkjente at gruppene som beskyttes kan karakteriseres å være stabile og varig. I en dom fra Jugoslavia-domstolen støtter også domstolen Akayesu-dommen på dette punktet. Domstolen i Jelasic-dommen sa at gruppene har det

³⁴ Se Krstic-dommen, para. 555; Summary Records of the meetings of the Sixth Committee of the General Assembly, 21 september -10 desember 1948, Official Records of the General Assembly.

³⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 511.

³⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 511 og 521; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 118; *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 47; *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 153-154.

fellestrekk at de er stabile.³⁷ Andre dommer fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen har vært tilbakeholdne på dette punktet. Verken domstolen i Kayishema og Ruzindana-dommen eller Krstic-dommen har gitt uttrykk for at gruppene har slike felles kjennetegn.

I teorien har begrepet gruppe blitt diskutert på et mer generelt plan. Lemkin, som oppfant begrepet folkemord, mente at en gruppe burde være en selvstendig enhet som fortjener beskyttelse av den utviklende folkemordsretten.³⁸ Europeiske menneskerettighetsinstrumenter bruker gjerne begrepet ”nasjonale minoriteter”³⁹, mens universelle instrumenter svært ofte referer til ”etniske, religiøse eller språklige minoriteter.”⁴⁰ På bakgrunn av det som er sagt her tyder det på at teoretikerne mener at gruppene til en viss grad overlapper hverandre, slik at de vil ha noe felles, men de never ingen konkrete kjennetegn som stabilitet og varighet.

Forarbeidene kan tale for at de fire gruppene som er beskyttet under art. 6 kan ha det fellestrekk at de må være stabile og varige.

Ustabile grupper er ekskludert fra bestemmelsen. Akayesu-dommen gikk også i spissen for en slik tolkning og den ble fulgt av noen dommer, så en viss støtte har den. Uansett vil nok gruppene overlappe hverandre og kan gi grunnlag for at nasjonale, etniske, rasemessige og religiøse grupper har noen felles kjennetegn.

A. Nasjonal gruppe

Spørsmålet som her reiser seg er hvilke kjennetegn som må være tilstede for at en gruppe skal defineres som en nasjonal gruppe. Et sentralt spørsmål i forbindelse med dette er om statsgrenser er med på å bestemme når en gruppe kan karakteriseres som en nasjonal gruppe.

³⁷ *Prosecutor v. Jelavic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 69.

³⁸ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 106; Lemkin, *Terrorism*; se også Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, s. 91.

³⁹ Se art. 14 i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen.

⁴⁰ Se art. 27 i Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter.

Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden vil en nasjonal gruppe være en gruppe hvor medlemmene har samme nasjonalitet. Samme nasjonalitet vil ikke automatisk tilsi at de har samme statsborgerskap. Nasjonalitet kan gå over landegrenser eller det kan være flere nasjonaliteter i ett og samme område. Slik er det for eksempel i Bosnia Herzegovina. Der finnes det flere nasjonaliteter, både bosniske muslimer, bosniske serbere og bosniske kroater som alle lever i samme land, innenfor samme statsgrense. Disse tre gruppene blir ansett som tre forskjellige nasjonale grupper. Samtidig identifiserer serberne seg også som en del av den serbiske befolkningen i Serbia, nettopp på tvers av landegrenser. Dette illustrerer problemet med om at statsgrenser skal bestemme hva som er en gruppe. Hvis statsgrenser skal ha stor betydning i vurderingen om en gruppe tilhører en nasjonal gruppe, så vil ikke muslimer, serbere og kroater bli ansett som tre ulike nasjonale grupper. Siden de bor i samme land, vil de heller bli ansett som en nasjonal gruppe.

Rettspraksis har gjennom Akayesu-dommen tolket ”nasjonal gruppe” som en samling av mennesker som har et lovlig bånd basert på felles nasjonalitet, samvirkende med gjenytelser av rettigheter og plikter.⁴¹ Som hjemmel for denne definisjonen siterte domstolen i Akayesu-dommen en dom fra Haagdomstolen.⁴² Det var kun denne dommen retten la til grunn for tolkningen sin og det tyder på at de bare tok den samme definisjonen uten å gå inn på noe annet. Problemet er at Haagdomstolen var i Nottebohm-dommen opptatt av å finne ut hva som lå i nasjonalitet og ikke hvem som er medlemmer i en nasjonal gruppe. Dette er en forskjell fra spørsmålet i denne sammenhengen, fordi Haagdomstolen fokuserte på forbindelsen mellom en formell overdragelse av nasjonalitet og den realiteten som forbinder en individuell person og hans/hennes nasjonalitet. Nottebohm-dommen sin definisjon omfatter ikke de situasjonene hvor nasjonale minoriteter som, samtidig som de deler kulturelle og andre bånd som er gitt av staten, allikevel har en annen nasjonalitet; eller situasjoner hvor en person er statsløs. Definisjonen som domstolen i Akayesu-dommen har lagt til grunn har av den grunn vært kritisert. Annen rettspraksis fra Rwanda-domstolen har heller ikke fulgt Akayesu-dommen på dette punktet.

⁴¹ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 511.

⁴² *Nottebohm Case (second phase)*, Judgement of 6 April [1995] ICJ Reports p. 24.

De har uttalt at det ikke er utviklet en anerkjent definisjon av nasjonal gruppe, men at subjektive faktorer kan være momenter i vurderingen om hva som kjennetegner en nasjonal gruppe. Det vil si at bakgrunnen for atskillelsen av en eventuell gruppe og personene selv er med på å avgjøre om det foreligger en nasjonal gruppe. Dette ble sagt av domstolene i både Rutaganda-dommen og Musema-dommen.⁴³ I Kayishema og Ruzindana-dommen ble det heller ikke lagt til grunn noen kjennetegn for at en gruppe skal bli ansett for å være en nasjonal gruppe. Rettet uttalte at det i stede må bli tatt i bruk en subjektiv tilnærming i bestemmelsen om foreligger en nasjonal gruppe.⁴⁴

I Jelusic-dommen sa domstolen at et slikt spørsmål må avgjøres av domstolene fra sak til sak og i en politisk, sosial og kulturell sammenheng.⁴⁵ I Krstic-dommen ble de bosniske muslimene i Srebrenica sett på som en del av den bosnisk muslimske gruppe, som ble ansett som en nasjonal gruppe. Her ser vi situasjonen hvor to nasjonale grupper bor i samme geografisk område og deler de samme bånd til staten, men allikevel utgjør to atskilte nasjonale grupper. Ut ifra definisjonen til domstolen i Akayesu-dommen ville sannsynligvis ikke de to gruppene blitt sett på som to forskjellige nasjonale grupper. I Krstic-dommen ble definisjonen heller ikke lagt til grunn, derimot ga de heller ikke uttrykk for noen felles kjennetegn for en nasjonal gruppe. Domstolen uttalte at det i stedet ikke fantes en klar definisjon i Folkemordkonvensjonen eller andre steder. Om det foreligger en nasjonal gruppe må avgjøres innenfor en samfunnshistorisk sammenheng.⁴⁶ Begrunnelsen for at de bosniske muslimene i Srebrenica ble ansett som en nasjonal gruppe basert seg på at den Jugoslaviske Konstitusjonen av 1963 anså bosniske muslimer som en nasjonal gruppe. Det forelå også klare bevis for at de bosniske serbernes politiske myndigheter og de militære styrkene så på de bosniske muslimene som en spesifikk nasjonal gruppe. Videre så de bosniske muslimene i Srebrenica på seg selv som en del av den bosniske muslimske gruppe.⁴⁷

⁴³ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 56 og 58; *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 161 og 163.

⁴⁴ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 98.

⁴⁵ *Prosecutor v. Jelusic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 56;

⁴⁶ *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 555 og 557.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 559.

Dette viser betydningen av å se spørsmålet i den politiske, sosiale og kulturelle sammenhengen som domstolen i Jelisic-dommen også la stor vekt på.

I teorien er det uttalt at statsgrensene ikke trenger å være med på å bestemme hva en nasjonal gruppe er.⁴⁸ Dette er i tråd med kritikken mot definisjonen i Akayesu-dommen.

Akayesu-dommen kan ikke sies å gi uttrykk for gjeldende rett. Dommen har ikke blitt fulgt opp av andre dommer på dette området, så den vil ikke ha noen stor vekt. I de andre rettskildene er det ingen klare holdepunkter om at det foreligger noen generelle anerkjente kjennetegn for en nasjonal gruppe. Det er ingen som gir støtte til domstolen i Akayesu-dommen. Det tyder også på at statsgrenser ikke har så stor betydning når det gjelder å bestemme når en gruppe kan karakteriseres som en nasjonal gruppe. Videre er det klare holdepunkter for at kulturelle, sosiale og politiske faktorer, samt om personene selv anser seg som en del av en nasjonal gruppe, er med på å karakterisere hva en nasjonal gruppe er. Objektive kjennetegn har liten betydning.

B. Etnisk gruppe

Spørsmålet som reiser seg her er hvilke kjennetegn som må være tilstede for at en gruppe skal defineres som en etnisk gruppe.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden kan en etnisk gruppe forstås som en gruppe hvor medlemmene deler noe som er særegent for dem, som for eksempel felles kultur eller språk. Dette er to kjennetegn som vil være lette å gjenkjenne i de tilfeller hvor det er liten tvil om det foreligger en etnisk gruppe. Samene er et eksempel på dette. De har en særegen kultur som vi kan se i deres egenartede klesdrakt. De har også sitt eget språk, samisk, og det er ingen tvil om at de nevnte kjennetegn gjør dem til en etnisk gruppe. Problemet oppstår i de uklare tilfellene hvor gruppene ikke har noen særskilt språk eller kultur. Dette ser vi typisk hos tutsiene og hutuene. De har samme språk og kultur men

⁴⁸ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 115. Opprinnelig fra Glaser, *Droit international*, s. 111-112 (oversatt til engelsk i Withaker, "Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/6, s. 15-16).

blir likevel ansett som to etniske grupper. Det vil derfor også bli et spørsmål om det foreligge andre kjennetegn som fører til at en gruppe blir ansett som en etnisk gruppe.

”The Oxford English Dictionary” gir en definisjon av ordet etnologisk (”ethnic”) i sin 1933-utgave. Her er etnologisk definert som at det er av en etnisk karakter. Etnisk er videre tillagt to meninger: a) tilhørende en nasjon og ikke kristne eller jøder; hedensk, hedninger, og b) tilhørende en rase; særegent for en rase eller nasjon; etnologisk.⁴⁹ I tilleggsgutgaven i 1987 kom det en ytterligere definisjon av etnisk, den lyder som følger; tilhørende eller besittende en felles rasemessig, kulturell, religiøs eller språklig karakteristikk, spesielt betegnet for en rasemessig eller en annen gruppe innenfor et større system.⁵⁰

Her ser vi at definisjonen åpner for andre kjennetegn enn språk og kultur, i tillegg til disse kjennetegn kan også en felles rasemessig eller religiøs karakteristikk trekkes inn i vurderingen om det foreligger en etnisk gruppe.

Rettspraksis har også bidratt med sin tolkning av hvilke kjennetegn som karakteriserer en etnisk gruppe. I Akayesu-dommen kom domstolen til følgende forklaring av en etnisk gruppe; en etnisk gruppe er generelt definert som en gruppe hvor medlemmene deler et felles språk eller en felles kultur.⁵¹ Det var allikevel av en annen grunn at domstolen kom frem til at tutsiene var en særegen etnisk gruppe. Tutsiene og hutuene er nemlig ikke så forskjellige. De to gruppene snakker det samme språket, praktiserer den samme religionen og har i det vesentlige den samme kulturen. Blandet ekteskap var også vanlig mellom de to gruppene. Det var derfor ikke lett å se forskjell på dem. Rwanda var en koloni av Belgia og belgierne skilte tutsiene og hutuene ved å etablere et system med identifikasjonskort. Belgierne trakk hutuene inn i styret av landet slik at de fikk høyere posisjoner i samfunnet. Det virker mer som at tutsiene og hutuene er atskilt på et sosialt og politisk nivå.

⁴⁹ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 125; R.W. Burchfield, ed., *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary*, Vol. I, Oxford: Clarendon Press, 1987, s. 901 (miniatyr utgave av 1933 utgaven).

⁵⁰ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 125; R.W. Burchfield, ed., *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary*, Vol. III, Oxford: Clarendon Press, 1987, s. 245 (miniatyr utgave av 1933 utgaven).

⁵¹ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 512.

Det tyder på at det er klasseforskjellen som gjør at disse ble ansett som to ulike etniske grupper. Tutsiene selv betraktet seg også som en etnisk gruppe atskilt fra hutuene. På bakgrunn av dette kom domstolen i Akayesu-dommen frem til at tutsiene var å anse som en særskilt etnisk gruppe atskilt fra hutuene.⁵²

Samme definisjon av en etnisk gruppe ble lagt til grunn i Kayishema og Ruzindana-dommen, en annen dom fra Rwanda-domstolen.⁵³ Domstolen kom også her til samme resultat når det gjaldt hvorfor tutsiene ble sett på som en etnisk gruppe; på grunn av identitetskortene tutsiene og hutuene har hatt siden 1931 og forholdene rundt dette. Domstolen påpekte også at domstolen i Akayesu-dommen hadde samme forståelse og sa seg enige i denne.⁵⁴ I følge domstolen i Rutaganda-dommen så finnes det ingen generell eller internasjonal anerkjent nøyaktig definisjon av en etnisk gruppe. Retten påpekte i stedet at for om en gruppe personer skal tilhøre en etnisk gruppe, må dette avgjøres av domstolene fra sak til sak. De må også ta i betraktning både relevant bevis som er fremført og den politiske, sosiale og kulturelle sammenhengen.⁵⁵ Dette ble også lagt til grunn av domstolen i Musema-dommen.⁵⁶ I Jelusic-dommen uttalte domstolen at det var vanskelig å gi en generell definisjon av en etnisk gruppe.⁵⁷ I Krstic-dommen mente domstolen at det ikke fantes noen definisjon av en etnisk gruppe. Det må heller avgjøres ut fra en samfunnshistorisk sammenheng.⁵⁸

Selv om ingen av disse domstolene la til grunn en definisjon med objektive konstaterbare kjennetegn slik som domstolen i Akayesu-dommen, så er de alle enige om at tutsiene er en etnisk gruppe. Det er den kulturelle, sosiale og politiske sammenhengen alle domstolene har lagt til grunn i denne avgjørelsen. Selv om domstolen i Akayesu-dommen ikke eksplisitt snakker om en slik sammenheng, så er det med den sosiale, historiske og politiske sammenhengen de begrunner sin konklusjon om at tutsiene utgjør en etnisk gruppe.

⁵² Ibid., para. 702-703.

⁵³ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 98.

⁵⁴ Ibid., para. 523-526.

⁵⁵ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 56 og 58.

⁵⁶ *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 161 og 163.

⁵⁷ *Prosecutor v. Jelusic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 70.

⁵⁸ *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 555 og 557.

I teorien har det også blitt diskutert om det foreligger noen kjennetegn som må være tilstede for at det foreligger en etnisk gruppe. Max Weber definerer en etnisk gruppe som en gruppe hvor medlemmene:

”entertain a subjective belief in their common descent because of similarities of physical type or of customs or both or because of memories of colonization”.⁵⁹

Medlemmene vil her føle seg som en gruppe fordi de har likheter av fysisk karakter og/eller av kutyme. Her vil både kultur og hva som er særegent for en rase spille en rolle, språk nevnes ikke som et kjennetegn. En annen forfatter skrev at etnisk, som beskrevet i Folkemordkonvensjonen, var videre enn rasebegrepet og betegnet et samfunn av mennesker som er bundet sammen av samme kutyme, samme språk og samme rase.⁶⁰ Dette ligner på den forståelse som var på Folkemordkonvensjonens tid, hvor alle gruppene gikk litt over i hverandre.

Hvis medlemmer av en gruppe har samme språk og kultur vil de sannsynligvis bli ansett som en etnisk gruppe. Det er klare holdepunkter for at det ikke foreligger andre kjennetegn som er anerkjente av rettspraksis og andre rettekilder. Det kommer heller frem at det ofte vil være nødvendig å se på den sosiale, samfunnsmessige og politiske sammenheng. I tillegg vil også personenes syn i den eventuelle gruppe, ha betydning i avgjørelsen om en etnisk gruppe foreligger eller ikke. Selv om Akayesu-dommen har stilt opp en definisjon som ingen av de andre dommene i Rwanda- og Jugoslaviadomstolen har fulgt opp, tyder det på at de likevel ikke er så uenige. Domstolen i Akayesu-dommen la vekt på de samme faktorene som de andre domstolene, den sosiale og politiske sammenhengen hadde stor betydning for konklusjonen. I de tilfellene hvor det er usikkert om en etnisk gruppe foreligger, typisk der hvor det ikke forekommer noe felles språk og kultur, kan sammenhengen være til hjelp.

⁵⁹ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 125; Max Weber, “What Is an Ethnic Group?” in Montserrat Guibernau and John Rex, *The Ethnicity Reader: Nationalism, Multiculturalism and Migration*, Malden, MA: Polity Press, 1997, s. 575.

⁶⁰ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 125-126; Glaser, *Droit international*, s. 111-112 (oversatt til engelsk av Withaker, “Revised Report”).

C. Rasemessig gruppe

Spørsmålet er hvilke kjennetegn som må være tilstede for at en gruppe skal defineres som en rasemessig gruppe.

Ut fra en naturlig forståelse av ordlyden kan en rasemessig gruppe bety en gruppe av mennesker som består av individer innenfor en art med arvelige fellestrekk som skiller dem ut fra andre grupper, som for eksempel at de har en mørk hudfarge. Dette kan illustreres med personer med afrikansk opprinnelse som bor over alt i verden. Disse personene trenger ikke å ha et felles språk eller kultur, men blir ansett som en rasemessig gruppe på grunn av hudfargen de deler. Andre kriterier som språk, kultur eller trosretning har ingen betydning etter denne forståelsen.

I arbeidet med Folkemordkonvensjonen var det få diskusjoner om definisjonen av en rasemessig gruppe. Hensikten til de som utarbeidet Folkemordkonvensjonen kan muligens støttes av Oxford English Dictionary, slik den definerte rasemessig gruppe på den tiden. Ordboken hadde flere definisjoner av "rase", de mest passende var: "en gruppe av mennesker, dyr, eller planter, som bindes sammen av samme nedstigning eller opprinnelse", og "en gruppe eller klasse av mennesker, dyr, eller ting, som har noen felles egenskaper eller trekk."⁶¹ Disse definisjonene kan lett dekke både nasjonale, etniske og religiøse minoriteter. Det vil derfor være en relativt vid tolkning av rasemessig gruppe. I forhold til ordlyden omfatter den også flere kjennetegn slik at flere grupper kan komme inn under definisjonen av en rasemessig gruppe.

Rettspraksis har gitt uttrykk for en snevrere forståelse enn den som ble lagt til grunn i tidsrommet etter Folkemordkonvensjonen. En rasemessig gruppe er i følge domstolen i Akayesu-dommen en gruppe som er basert på arvelige fysiske trekk som ofte identifiseres med et geografisk område, uavhengig av språklige, kulturelle, nasjonale og religiøse faktorer.⁶² Dette ble også lagt til grunn i Kayishema og Ruzindana-dommen.⁶³ I andre dommer fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen er ikke denne definisjonen lagt til

⁶¹ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 121; R.W. Burchfield, ed., *The Compact Edition of the Oxford English Dictionary*, Vol. II, Oxford: Clarendon Press, 1971, s. 2400.

⁶² *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 513.

⁶³ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 98.

grunn. Her mener domstolene at det ikke finnes noen generell eller internasjonal anerkjent nøyaktig definisjon av en rasemessig gruppe. Om en gruppe tilhører en rasemessig gruppe må vurderes i en politisk, sosial og kulturell sammenheng og det må også tas inn i vurderingen om personene selv anser seg som en del av en rasemessig gruppe.⁶⁴

Den vide forståelsen fikk støtte av blant annet tidligere internasjonale domstoler hvor det ble snakket om beskyttelse av de rasemessige særegenheter hos nasjonale minoriteter.⁶⁵ Anerkjente antropologer i den tiden Folkemordkonvensjonen ble til anvendte en betegnelse som var som følger:

” The Jews are an ethnic unit; although one that has little regard for spatial considerations. Like other ethnic units, the Jews have their own standard racial character.”⁶⁶

Her ser vi at rasemessige særegenheter blir knyttet til både nasjonale grupper og etniske grupper. Med andre ord vil rasemessig grupper være en del av disse to gruppene, alle tre grupper overlapper hverandre. Senere internasjonale instrumenter anvender også en slik vid forståelse av rasemessig gruppe. Den Internasjonale Konvensjonen for fjerning av alle former av rasediskriminering bruker uttrykket rasemessig gruppe to steder, her defineres rasediskriminering som enhver atskillelse, utestenging, begrensning eller preferanse basert på rase, farge, nedstigning, eller nasjonal eller etnisk opprinnelse.⁶⁷ Her skal også nasjonal og etnisk tilhørighet tas med i betraktningen om en gruppe er en rasemessig gruppe.

Domstolen i Akayesu-dommen har tolket rasemessig gruppe innskrenkende, det er kun snakk om å se på nedarvete fysiske trekk uavhengig nettopp av språklige, kulturelle, nasjonale og religiøse faktorer.

⁶⁴ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 56 og 58; *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 161 og 163; *Prosecutor v. Jelacic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 70; *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 555 og 557.

⁶⁵ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 121; *Minority Schools in Albania*, Advisory Opinion, 6. april 1935, Permanent Court of International Justice Series A/B, No. 64.

⁶⁶ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 121; Charleton S. Coon, *Races of Europe*, New York: Macmillan, 1939, s. 444.

⁶⁷ (1996) 660 UNTS 195, art. 2(2) og art. 7.

Dette følger også ordlydens forståelse av en rasemessig gruppe. Akayesu-dommen har ikke blitt fulgt opp av mange senere dommer, den vil derfor ikke ha så stor vekt. Selv om ikke de andre dommene har fulgt definisjonen i Akayesu-dommen kan allikevel resultatet bli det samme når man ser på den sosiale og politiske sammenhengen som disse dommene argumenterer for. Selv om ikke definisjonen har blitt fulgt opp, kan den sies å være et utgangspunkt. Hvis det foreligger et tvilstilfelle kommer nok en gang den sosiale og politiske sammenhengen inn i vurderingen om det foreligger en rasemessig gruppe.

D. Religiøs gruppe

Spørsmålet som reiser seg er hvilke faktorer som må være tilstede for at en gruppe skal defineres som en religiøs gruppe.

Den mest nærliggende forståelsen av ordlyden vil være at en religiøs gruppe er en gruppe hvor medlemmene har en felles religion, trosretning eller gudsdyrkelse. De som utarbeidet utkastet til Folkemordkonvensjonen tolket en religiøs gruppe videre enn slik ordlyden kan forstås. De mente at en religiøs gruppe var veldig likartet som en etnisk eller nasjonal gruppe. Det var et resultat av historiske betingelser, hvor en religiøs gruppe i realiteten var en uforanderlig omskriving av rasemessige og etniske karakteristikk.⁶⁸

Rettspraksis har også her lagt til grunn en snevrere forståelse enn den sistnevnte definisjonen. I Akayesu-dommen ble en religiøs gruppe definert som en gruppe hvor medlemmene blir identifisert ved at de deler samme religion, trosretning eller samme måte å tilbe på.⁶⁹ Denne definisjonen ble også lagt til grunn i Kayishema og Ruzindana-dommen. Her ble en religiøs gruppe definert som en gruppe som inkluderer en felles trosretning eller måte å tilbe på eller at det er en gruppe som deler en felles tro.⁷⁰ Andre dommer fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen har ikke lagt til grunn denne definisjonen. De har som i vurderingen av nasjonal, etnisk og rasemessig gruppe gitt

⁶⁸ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 127; UN. Doc A/C.6/SR.75.

⁶⁹ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 514.

⁷⁰ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 98.

uttrykk for at de mener det ikke forekommer en generell anerkjent definisjon. Det vil ikke være noen faktorer som kan gis på et generelt grunnlag og som kjennetegner en religiøs gruppe. Domstolene må vurdere fra sak til sak og i en sosial og politisk sammenheng. Det vil også være avgjørende om personene selv anser seg som en religiøs gruppe.⁷¹

Definisjonen av en etnisk gruppe som Akayesu-dommen har lagt til grunn kan sies å være uttrykk for gjeldene rett. Den har ikke fått nok støtte fra annen rettspraksis eller andre rettskilder. På den annen side vil nok kjennetegnene i definisjonen uansett bli tatt med i vurderingen om en religiøs gruppe foreligger. For å se på den sosiale og politiske sammenhengen er det naturlig å ta utgangspunkt om medlemmene har en felles religion, trosretning eller gudsdyrkelse. I dette tilfellet vil også om person(ene) selv anser seg som medlem av en religiøs gruppe være et moment i vurderingen.

E. Andre grupper

Det rettslige spørsmålet som reiser seg her er om andre grupper enn de som er nevnt i art. 6 også kan omfattes av bestemmelsen.

Ordlyden vil ut fra en naturlig forståelse kunne tolkes slik at andre grupper ikke omfattes av bestemmelse. Det er kun nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøse grupper som er eksplisitt nevnt i bestemmelsen. Under arbeidet med forarbeidene på Roma Konferansen prøvde noen delegasjoner å inkludere sosiale og politiske grupper som beskyttede grupper under art. 6.⁷² Dette var ikke vellykket og forslaget ble forkastet. Flertallet gikk heller inn for å kodifisere internasjonal sedvanerett inn i Roma-

⁷¹ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 56 og 58; *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 161 og 163; *Prosecutor v. Jelusic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 70; *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 555 og 557.

⁷² Se Kittichaisaree, *International Criminal Law*, s. 69; "Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court", UN Doc. A/50/22, s. 12, para. 61; "Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", UN Doc. A/51/22, Vol. I, s. 17 para. 59 og Vol II, s. 57.

vedtektene.⁷³ Det vil si at de brukte den samme definisjonen som i Folkemordkonvensjonen.

Under arbeidet med Folkemordkonvensjonen ble det oppført i en resolusjon fra FNs Generalforsamling at folkemord kunne bli rettet mot andre grupper.⁷⁴ En slik resolusjon er ikke bindende rettslig, men rettspraksis uttrykker at slike resolusjoner kan ha en normativ verdi. Under visse omstendigheter kan de gi bevis som er viktige for etableringen av en rettsregel eller at det kanskje kommer til syne en *opinio juris*. Det kommer an på resolusjonens karakter om den kan gis en slik normativ verdi.⁷⁵ Denne resolusjonen ble vedtatt enstemmig og uten debatt. Dette styrker dens vekt. Resolusjonen har også ofte blitt sitert i senere internasjonale instrumenter og rettslige beslutninger. På den annen side ble den laget kjapt og det er ikke bokført debatt om viktige spørsmål, som for eksempel om politiske grupper skulle inkluderes i definisjonen. Man skal derfor være forsiktig med å si at Resolusjon 96(I) er en kodifisering av sedvanerett. Den ble heller ikke fulgt opp i Folkemordkonvensjonen.

Når det gjelder rettspraksis kom domstolen i Akayesu-dommen med en ny hypotese. Her dukket det nye konseptet om stabile og permanente grupper opp. Rwanda-domstolen i Akayesu-dommen mente at oppregningen av grupper i art. II i Folkemordkonvensjonen og art. 2 i Rwanda-domstolens vedtekter er for innskrenkende. Domstolen uttalte at det i forarbeidene til Folkemordkonvensjonen klart kommer frem at folkemord skal være rettet mot enhver stabil og varig gruppe. Dette er grupper hvor medlemskap er bestemt på en fast måte og hvor tilhørighet blir bestemt ved fødselen. Mer ustabile gruppene hvor man slutter seg til gruppen på en mer individuell og frivillig måte, slik som politiske og økonomiske grupper, vil dermed bli ekskludert.⁷⁶ Det var derfor viktig etter domstolens mening å følge hensikten til de som utarbeidet Folkemordkonvensjonen.

⁷³ Se Schabas, "Article 6 Genocide", i Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' notes, Article by Article*; UN Doc. A/C.6/SR.128. Se også B. Van Schaack, *The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot*, 106 Yale L.J. 2259 (1997).

⁷⁴ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 130; General Assembly Resolution 96(1) UN Doc. A/BUR/50.

⁷⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Request by the UN General Assembly for an advisory opinion), [1996] ICJ Reports 226, para. 70.

⁷⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 515-516.

Stabil og varig er allerede blitt diskutert i oppgaven, men da som felles kjennetegn til de fire beskyttede gruppene. Her kan det tyde på at domstolen brukte dette som hjemmel for å inkludere andre grupper enn nasjonale, etniske, rasemessige og religiøse grupper. Med andre ord vil andre grupper også kunne beskyttes så lenge de er stabile og varige. Akayesu-dommen har blitt oppfattet på denne måten av mange. Det kan likevel tenkes at domstolen kan ha tolket det slik at det i situasjoner der det er uklart om en gruppe faller inn under en av kategoriene i art. 6, så vil stabil og varig være kjennetegn som trekker i retning av at gruppen omfattes. Noe tvil kan det dermed være om hva domstolen her har ment.

Akayesu-dommen har blitt fulgt på mange andre områder og har hatt stor vekt før, men i denne sammenheng vil den ha svekket betydning. Hvis domstolen i Akayesu-dommen mente at andre grupper enn nasjonale, etniske, rasemessige eller religiøse grupper skulle omfattes av art. 6 går de helt i mot ordlyden og hensikten til de som har utarbeidet Folkemordkonvensjonen. Dersom Folkemordkonvensjonen hadde ment at grupper som er stabile og permanente også skulle være beskyttet, ville de gitt uttrykk for dette i bestemmelsen og ikke kun ramset opp de fire gruppene. Forarbeidene skal hjelpe til å forklare utvetydige eller uklare vilkår, eller de vilkår som er åpenbart meningsløse eller urimelige,⁷⁷ ikke legge til faktorer som blir holdt utenfor.

Når det gjelder annen rettspraksis er domstolen i Jelisić-dommen enig med domstolen i Akayesu-dommen når det gjelder at forarbeidene til Folkemordkonvensjonen demonstrerer et ønske om å beskytte stabile grupper. Men det sies ikke at andre grupper enn de som er nevnt skal beskyttes. Det synes mer ut som at de mener at de fire gruppene har det fellestrekk at de er stabile.⁷⁸ I Kayishema og Ruzindana-dommen sa domstolen ingenting om at andre grupper kan bli beskyttet og heller ikke stabilitet og varighet ble nevnt med et ord. I Rutaganda-dommen snakker domstolen om at ustabile grupper har blitt ekskludert ut fra det som er sagt i forarbeidene til Folkemordkonvensjonen. Domstolen mener at Folkemordkonvensjonen dermed kan tolkes motsatt slik at den synes å beskytte stabile og varige grupper. Det er uansett ikke snakk om å inkludere andre grupper. Både her og som i Jelisić-dommen virker det som

⁷⁷ Wienkonvensjonens art. 32.

⁷⁸ *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 69.

at domstolen snakker om de gruppene som allerede er beskyttet.⁷⁹ Domstolen i Musema-dommen la til grunn nøyaktig det samme som domstolen i Rutaganda-dommen.⁸⁰

I nasjonal lovgivning viser det seg at selv om stater ikke alltid har fulgt definisjonen i Folkemordkonvensjonen ordrett, så har ingen brukt ”stabil og varig” -hypotesen som eventuelt kan åpne for andre grupper enn de som er nevnt i bestemmelsen i følge domstolen i Akayesu-dommen.⁸¹

Etter det som er sagt i de fleste rettskildene ovenfor er det klare holdepunkter for at andre grupper enn de som er nevnt i art. 6 ikke omfattes av bestemmelsen. Akayesu-dommen er ikke blitt fulgt opp av andre dommer om at andre grupper enn de fire som er nevnt kan inkluderes dersom de er stabile og varige. Hvis domstolen i Akayesu-dommen ikke mente dette, kan det tyde på at de heller så på stabil og varig som to kjennetegn som vil komme inn som faktorer i de tilfellene hvor det er uklart om en gruppe kan karakteriseres som for eksempel en etnisk gruppe. Andre dommer fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen ser ikke bort fra at gruppene som omfattes av folkemordbestemmelsen er stabile og varige. Akayesu-dommen kan samtidig tale for en utglidende tolkning når det gjelder definisjonen av de fire gruppene. Selv om begrepet stabile og varige grupper ikke åpner for andre grupper, kan det allikevel åpne for at de fire gruppene kan inkludere flere grupper nå enn slik de var å forstå før.

4.2.2 Hvilke kriterier er avgjørende for at en person anses for å være medlem av en gruppe

Det vil her være et spørsmål om hvilke kriterier som er avgjørende for at en person anses for å være medlem av en gruppe. Et sentralt spørsmål er hvor stor betydning gjerningsmannens oppfatning har i vurderingen om når en person anses for å være medlem av en gruppe.

⁷⁹ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 57-58;

⁸⁰ *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 161-163.

⁸¹ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 133.

En naturlig forståelse av ordlyden vil ikke si noe direkte om når en person anses som medlem av en gruppe. På den annen side kan det med tanke på det hensiktskravet må være oppfylt etter art. 6, tyde på at gjerningsmannens subjektive oppfatning om at et offer er medlem har stor betydning. For at en gjerningsmann skal ha den hensikt å ødelegge en gruppe og begå en av de fire handlingene mot medlemmene, må han anse den personen han for eksempel dreper som et medlem av gruppen.

Rettspraksis har bidratt mye i denne sammenhengen. I *Kayishema og Ruzindana*-dommen uttalte domstolen at en etnisk gruppe var en gruppe som blir identifisert som sådan av andre, inkludert forbrytelsenes gjerningsmenn.⁸² Domstolen konkluderte med at tutsiene var en etnisk gruppe på bakgrunn av at myndighetene bestemte at tutsiene og hutuene var to ulike etniske grupper gjennom å tildele dem identitetskort som fastslo hvilken etnisk gruppe de tilhørte.⁸³ Domstolen i *Rutaganda*-dommen ga uttrykk for at utgangspunktet var at det er gjerningsmannen eller andre som plukker ut offeret på bakgrunn av at offeret er medlem av gruppen slik som gjerningsmannen eller andre ser det.⁸⁴ Det er derfor en subjektiv vurdering som må gjøres fra sak til sak og ta i betraktning de relevante bevisene og den politiske og kulturelle sammenhengen i samfunnet det gjelder.⁸⁵ Men domstolen sa videre at medlemskap av en gruppe også kan bli fastslått på bakgrunn av objektive kriterier. De objektive faktorer som ble tatt i betraktning var de identitetskortene hutuene og tutsiene bar på seg som fortalte hvilken gruppe de tilhørte; forfatningen i Rwanda og lovene som gjaldt på det relevante tidspunktet identifiserte tutsiene som en etnisk gruppe og sedvanlig bestemmelser om medlemskap i en etnisk gruppe i Rwanda følger av arv som nedstammer i rett linje fra faren.⁸⁶ Domstolen i *Musema*-dommen la til grunn samme tolkning som domstolen i *Rutaganda*-dommen i sin avgjørelse.⁸⁷

I *Bagilishema*-dommen sa domstolen at selv om medlemskap i en gruppe har et objektivt trekk i samfunnet, vil det også ha et subjektivt omfang. En gruppe vil kanskje ikke ha nøyaktig definerte grenser og det kan forekomme situasjoner hvor det er vanskelig å gi et endelig svar på om offeret er medlem av en gruppe eller ikke. Dessuten

⁸² *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 98.

⁸³ *Ibid.*, para. 522.

⁸⁴ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 55.

⁸⁵ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 56-57.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 400-401.

⁸⁷ *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 161 og 163.

kan gjerningsmannen karakterisere gruppen på en måte som ikke helt stemmer overens med begrepet som gjør seg gjeldende generelt. I disse tilfellene synes domstolen at hvis det i følge bevisene er slik at et offer blir oppfattet som et medlem av en beskyttet gruppe av gjerningsmannen, kan offeret blir betraktet som et medlem av den beskyttede gruppen av domstolen.⁸⁸ Det betyr at i situasjoner hvor gjerningsmannen synes å foreta en form for en faktisk villfarelse så kan han/hun allikevel dømmes for folkemord. Det vil med andre ord ikke være noen objektive konstaterbare faktorer tilstede og som tyder på at offeret er medlem av en gruppe.

I Jelisić-dommen ble det også lagt til grunn at det i utgangspunktet gjelder en subjektiv tilnærming. Retten påpekte at det var mest hensiktsmessig å bestemme medlemskapet til et offer ut fra synspunktet til den personen som ønsket å velge ut den gruppen fra resten av samfunnet. Med andre ord vil gjerningsmannens oppfatning om personen er medlem av gruppen ha stor betydning.⁸⁹ Domstolen i Krstić-dommen la det samme til grunn.⁹⁰

Alle dommene fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen legger til grunn at gjerningsmannens oppfatning av et offers medlemskap av en gruppe har stor betydning. Det kan tyde på at objektive faktorer må trekkes inn i tillegg, men utgangspunktet er et rent subjektivt synspunkt.

4.2.3 De fem underliggende handlingene

For at det i det hele tatt skal være snakk om folkemord, må en av de fem handlingene i art. 6(a)-(e) bli begått mot en eller flere medlemmer av en beskyttet gruppe. Disse kan kalles for folkemordshandlinger eller underliggende handlinger. Gjerningsmannen må oppfylle de kravene som stilles til disse handlingene.

De fem underliggende handlingene er som følger:

(a) å drepe medlemmer av gruppen;

⁸⁸ *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, dom av 7. juni 2001, para. 65.

⁸⁹ *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 70-71.

⁹⁰ *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 557.

- (b) å forårsake alvorlig legemlig og psykisk skade på medlemmer av gruppen;
- (c) bevisst å la gruppen utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke den fysiske ødeleggelse helt eller delvis;
- (d) å påtvinge tiltak som tar sikte på å forhindre fødsler innen gruppen;
- (e) med makt å overføre barn fra gruppen til en annen gruppe.

Disse handlingene kan føre til en materiell ødeleggelse av en gruppe. Utslettelsen foregår enten direkte eller indirekte med fysiske eller biologiske tiltak. Med andre ord vil ikke bare å drepe et menneske være en folkemordshandling, men ved å ta bort mat og medisiner, samt å forhindre at gruppen kan reproducere seg og bygge seg opp igjen vil også føre til at gruppen til slutt blir utslettet.

4.2.3.1 Å drepe medlemmer av gruppen⁹¹

Spørsmålet er hva som ligger i å drepe en person i en gruppe. Det sentrale spørsmålet her er om forsettskravet følger av art. 30.

En naturlig forståelse av ordlyden vil kunne forstå drap som å ta livet av en eller flere personer forsettlig. Det er ingenting som tyder på at handlingen krever noe mer enn forsettskravet i art. 30. Ordlyden gir heller ingen indikasjon på at uaktsomhet også omfattes.

I forbrytelselementene er det sagt at drap er det samme som å forårsake et eller flere dødsfall.⁹² Dette kan bety at gjerningsmannen begår drapet forsettlig eller uaktsomt.

Under arbeidet med forarbeidene til Folkemordskonvensjonen ble det diskutert om det engelske begrepet "killing" som er brukt i bestemmelsen kunne tolkes som forsettlige og uaktsomt drap. Det franske begrepet "meurtre" som er brukt i den franske teksten vil bare omfatte forsettlig drap. Under arbeidet med Folkemordskonvensjonen var det også noen delegasjoner som foreslo å ta inn forsettlig i bestemmelsen.

⁹¹ PCNICC/2000/1/Add.2 art. 6(a).

⁹² Se PCNICC/2000/1/Add.2 art. 6(a) (1), fotnote 2.

Dette forslaget ble forkastet fordi andre delegasjoner mente at det ikke var nødvendig på grunn av forbrytelsen folkemords fysiske faktor, folkemord ville uansett medføre forsett på grunn av hensiktskravet i bestemmelsen.⁹³ Dette tyder på at å drepe ikke omfatter uaktsomhet, det må begås med forsett.

Rettspraksis har også fulgt denne tolkningen. I Akayesu-dommen ble det lagt vekt på de generelle internasjonale strafferettslige prinsippene i tolkingen av drap. Domstolen kom på bakgrunn av disse prinsippene frem til at den franske versjonen var den riktige forståelsen av drap. Det ble sagt at det foreligger drap når døden har blitt forårsaket med forsett å gjøre det.⁹⁴

Rwanda- og Jugoslaviadommen har definert mord konsekvent i andre dommer. Krstic-dommen har fulgt Akayesu-dommen og tolker drap som følger:

“As the death of the victim resulting from an act or omission of the accused committed with the intention to kill or to cause serious bodily harm which he/she should reasonably have known might lead to death”.⁹⁵

Her blir det slått fast at drap foreligger når gjerningsmannen har forårsaket døden forsettlig. Akayesu-dommen har også blitt kritisert av rettspraksis. Kayishema og Ruzindana-dommen mener at domstolen i Akayesu-dommen ikke definerer drap fullt ut.⁹⁶ På den annen side er ikke domstolen i Kayishema og Ruzindana-dommen uenige med konklusjonen i Akayesu-dommen. Det er den samme konklusjonen denne domstolen også kommer frem til, om at drapet må være et ulovlig og forsettlig drap, slik som den franske forståelsen. Domstolen sa videre at det i den folkemordsrettslige sammenheng ikke ville være noen forskjell i forhold til hvilket begrep som blir lagt til grunn. Drap vil uansett være knyttet til det ekstra skyldkravet som er oppstilt i art.6, ”med hensikt å ødelegge hele eller deler av en nasjonal, etnisk, rase eller religiøs gruppe”. Dette skyldkravet vil ikke ramme ren uaktsomhet eller tilfældighet.⁹⁷

⁹³ Summary Records of the meetings of the Sixth Committee of the General Assembly, 21 September -10 December 1948, Official Records of the General Assembly.

⁹⁴ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 501.

⁹⁵ *Prosecutor v. Krstic*, dom av 2. august 2001, para. 485, *Prosecutor v. Jelavic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para 35 og 63.

⁹⁶ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 104.

⁹⁷ *Ibid.*, para. 103 og 104.

I følge generelle internasjonale strafferettslige prinsipp skal det hvis det er to mulige tolkningsalternativer alltid legges til grunn den som er mest til fordel for tiltalte.

Dette er også i tråd med uskyldspresumsjonen, som er et viktig hensyn i den internasjonale strafferetten. Dette er to viktige hensyn som tillegges stor vekt i den internasjonale strafferetten.⁹⁸ Den franske versjonen vil være til fordel for tiltalte, fordi det skal mer til å dømme gjerningsmannen for folkemord. Hvis han eller hun har drept en eller flere personer, så må det bevises at det ble gjort forsettlig. Rettspraksis la avgjørende vekt på disse prinsippene i sin konklusjon om hvordan drap skulle forstås.

I den Internasjonale Lovkommisjonen (International Law Commission) ble det sagt at de fem underliggende folkemordshandlingene etter deres karakter er bevisste, forsettlige og viljesbestemte handlinger. Det er ikke handlinger som skjer tilfeldig eller som et resultat av uaktsomhet. Uansett foreligger det et hensiktskrav i tillegg til det alminnelige forsettskravet i art. 30. Av den grunn kan heller ikke uaktsomhet være nok for å straffes.⁹⁹ Rettspraksis ga også disse uttalelsene stor vekt da de kom fram til at det i realiteten ikke ville ha noen stor betydning hvilket tolkningsalternativ som blir lagt til grunn.

Akayesu-dommen har blitt fulgt av alle andre dommer i Rwanda- og Jugoslaviadomstolen. Dommen vil ha stor vekt og i tillegg vil de internasjonale strafferettslige prinsippene støtte opp om denne tolkningen. De fleste rettskilder trekker i retning av at den franske forståelsen skal legges til grunn, med andre ord at drapet må være et ulovlig og forsettlig drap.

4.2.3.2 Å forårsake alvorlige legemlig eller psykisk skade på medlemmer av gruppen¹⁰⁰

Spørsmålet er hvilke handlinger som kan karakteriseres som alvorlig legemlig og psykisk skade. Det reiser seg to sentrale spørsmål i denne sammenheng.

⁹⁸ Roma-vedtektene art. 21(1)(b).

⁹⁹ Se Kayishema og Ruzindana-dommen, para. 103; International Law Commissions Draft Code of Crimes, s. 42.

For det første hvilke skader som omfattes og for det andre hvilket omfang, det vil si alvorlighet og varighet, disse skadene må ha for å omfattes av art. 6.

Når det gjelder hvilke skader som kan omfattes er det etter en naturlig forståelse av ordlyden alvorlig legemlig og psykisk skade. Legemlig og psykisk skade kan være tortur, både fysisk og psykisk, voldtekt og andre umenneskelige handlinger.

I forbrytelseselementene som er utarbeidet av Den forberedende kommisjon har det blitt vedtatt en lignende definisjon. Der står det at det å skade noen legemlig eller psykisk kan inkludere tortur, voldtekt, seksuelle overfall eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling, men at det ikke er begrenset til dette.¹⁰¹ Det vil si at de åpner for en vid tolkning av legemlige og psykiske skader, siden de ikke setter noen begrensning til de handlingene som er nevnt eksplisitt.

I rettspraksis blir det fastslått at både alvorlig legemlig og psykisk skade i utgangspunktet skal avgjøres fra sak til sak.¹⁰² Det innebærer at dommerne i en sak kan vurdere om andre handlinger kan omfattes av denne kategorien.¹⁰³ I Akayesu-dommen ble alvorlig legemlig og psykisk skade karakterisert slik at det kan inkludere tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, voldtekt, seksuelle overfall eller forfølgelse.¹⁰⁴ I Akayesu-dommen ble den systematiske voldtekten av tutsikvinner ansett som et skritt for å oppnå tilintetgjørelse av tutsigruppen ved å ødelegge æresfølelsen deres, viljen til å leve eller viljen til å føde barn.¹⁰⁵

Kayishema og Ruzindana-dommen har definert alvorlig fysisk skade på en litt annen måte, men allikevel med samme innhold. Retten uttalte at den kunne tolkes som en skade som alvorlig skader helsen, medfører vansiring, eller som forårsaker annen alvorlig skade på de eksterne og interne organer eller sanser.¹⁰⁶ Alvorlig psykisk skade ble av domstolen i Kayishema og Ruzindana-dommen tolket likt som i Akayesu-dommen. Det ble sagt at voldtekt og seksuelt overfall er ansett som en av de verste

¹⁰⁰ PCNICC/2000/1/Add.2 art.6 (b).

¹⁰¹ Se PCNICC/2000/1/Add.2 art.6 (b) (1), fotnote 3.

¹⁰² *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 504.

¹⁰³ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 108 og 110.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 504.

¹⁰⁵ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 732.

¹⁰⁶ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 108 og 109.

psykiske skadene en person kan bli påført.¹⁰⁷ Her ble handlinger som der et offer blir tvunget til å ligge foran en bil og trues med at en annen skal kjøre over han, hvor et offer blir tvunget til å slå et annet offer, og der to ofre blir bundet sammen slik at den ene blir kvalt ansett som psykisk skade.¹⁰⁸

Akayesu-dommen sin forståelse av alvorlig legemlig og psykisk skade har også blitt fulgt opp av andre dommer både i Rwanda- og Jugoslaviadomstolen.¹⁰⁹

Det ble allerede i 1961 forsøkt å klargjøre hvilke typer skader som denne folkemordshandlingen omfatter. I en sak for en nasjonal domstole, Eichmann-dommen, sa domstolen som følger:

“the enslavement, starvation, deportation and persecution and the detention of individuals in ghettos, transit camps and concentration camps in conditions which were designed to cause their degradation, deprivation of their rights as human beings and to suppress them and cause them inhuman suffering and torture may constitute serious bodily or mental harm”.¹¹⁰

Denne saken er i forbindelse med andre verdenskrig så den knytter seg til konsentrasjonsleirer og jødene ble behandlet der. Den sier blant annet at fysisk og psykisk tortur, umenneskelig lidelse, forfølgelse, slaveri kan utgjøre alvorlig legemlig eller psykisk skade. Dette er også i tråd med den forståelse ordlyden og forarbeider uttrykker, bortsett fra at voldtekt eller andre seksuelle forbrytelser ikke er omfattet.

Akayesu-dommen har bidratt til utviklingen av folkemordsbestemmelsen når det gjelder å inkludere voldtekt og andre seksuelle overtredelser som ikke bare alvorlig legemlig skade, men også som en psykisk skade. Forbrytelselementene sier det samme som i Akayesu-dommen. Det som er sagt om alvorlig legemlig og psykisk skade i forbrytelselementene ble av Den forberedende kommisjon nemlig hentet fra Akayesu-dommen og de tolkingene som domstolene gjorde der. Dette taler derfor sterkt for at art. 6 i Roma-vedtektene skal tolkes slik som Akayesu-dommen. Alle andre dommer har som vi har sett ovenfor også fulgt Akayesu-dommen i dens tolking av alvorlig legemlig og psykisk skade. Det er klare holdepunkter for at alvorlig legemlig og psykisk skade

¹⁰⁷ Ibid., para. 731.

¹⁰⁸ Ibid., para. 722-723.

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 50, *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 513.

¹¹⁰ *The Israeli Government Prosecutor General v. Adolph Eichmann*, Jerusalem District Court, 12 December 1961, in *international Law Reports*, vol. 36, 1968, p. 340.

omfatter handlinger som fysisk og psykisk tortur, voldtekt, seksuelle voldshandlinger, umenneskelige og nedverdiggende handlinger eller forfølgelse.

Når det gjelder hvilket omfang en alvorlig legemlig eller psykisk skade må innebære kan det etter en naturlig forståelse av ordlyden tyde på at skaden må være av en vesentlig karakter. Ordlyden sier ikke mye på dette området.

I forhold til legemlig skade er det akseptert at denne ikke trenger å være varig. Dette er mer tvil om at dette også gjelder den psykiske skaden.¹¹¹ I forbindelse med opprettelsen av Folkemordkonvensjonen ble det diskutert at den psykiske skaden ikke måtte være varig eller uhelbredelig. Her forstod blant annet USA den psykiske skaden som en varig svekkelse av mentale evner gjennom medikamenter, tortur, eller andre liknende teknikker.¹¹² Den forberedende kommisjon i ICC tok et lignende, men et mer moderat standpunkt. Her ble den psykiske skaden forstått slik at det må foreligge mer enn en uvesentlig eller kortvarig svekkelse av de mentale evnene.¹¹³

I både Akayesu-dommen, Kayishema og Ruzindana-dommen og i Krstic-dommen ble det sagt at den alvorlige legemlige eller psykiske skaden ikke trengte å være varig og uhelbredelig, slik som nevnt i forarbeidene til Folkemordkonvensjonen.

Men som nevnt i Akayesu-dommen og Krstic-dommen må man skille mellom varige og kortvarige svekkelser. Det må likevel foreligge en skade som resulterer i en alvorlig og langsiktig ulempe for en persons evne til å føre et normalt og konstruktivt liv.¹¹⁴

Det tyder på at både legemlig og psykisk skade ikke må være varig, men må likevel være av en viss alvorlighet og mer enn kortvarig skade.

¹¹¹ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 161-162.

¹¹² Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 162; 132:15 CONG. REC. S1378. Se også "The Genocide Convention Implementing Act of 1987, s. 1091(a) (3)."

¹¹³ "Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court. Part 2. Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law", UN Doc. A/CONF. 183/2/Add.1, 14. april 1998, s. 11.

¹¹⁴ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 510 og 513.

4.2.3.3 Bevisst å la gruppen utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke dens fysiske ødeleggelse helt eller delvis¹¹⁵

Spørsmålet blir om hvilke tiltak som kan karakteriseres som å bevisst la en gruppe utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke dens fysiske ødeleggelse helt eller delvis.

Den mest nærliggende forståelsen av ordlyden kan være at en gjerningsmann oppfyller vilkåret når han/hun bevisst sulter en gruppe, tar fra dem medisiner eller tar fra dem hjemmene deres. Tiltak som til slutt vil føre til at medlemmene av gruppen dør og gruppen blir helt eller delvis ødelagt.

Forbrytelseselementene uttaler at levevilkårene som art.6(c) snakker om kan inkludere bevisst berøvelse av ressurser som er nødvendige for å overleve, slik som mat og medisinsk hjelp, eller systematisk utkastelse fra hjemmene deres. De sier også at det ikke trenger å være begrenset til dette, andre tiltak kan også inkluderes.¹¹⁶

Rettspraksis har en lik tolkning av hva som kan bety at en gruppe utsettes for levevilkår som tar sikte på å bevirke dens fysiske ødeleggelse helt eller delvis. I Akayesu-dommen ble det uttalt at det skal bli tolket som at fremgangsmåtene til sist vil føre til fysisk ødeleggelse, det kreves ikke at fremgangsmåtene øyeblikkelig dreper medlemmene av gruppen. Det ble videre sagt at virkemidlene for fysisk ødeleggelse blant annet kan inkludere og sulte målgruppen; berøve gruppen for ordentlig boliger (inkludert systematisk utkastelse fra hjemmene deres), klær, hygiene, og medisinsk hjelp i et utvidet tidsrom; underkaste en gruppe av mennesker på et kosthold av et levelig minimum; tvinge gruppen til å gjøre urimelig arbeid eller gjennomgå unødvendig fysiske anstrengelser.¹¹⁷ Dette ble også senere fulgt opp i både Kayishema og Ruzindana-dommen, Rutaganda-dommen og Musema-dommen.¹¹⁸

¹¹⁵ PCNICC/2000/1/Add.2, art.6(c).

¹¹⁶ Se PCNICC/2000/1/Add.2, art.6(c)(4) fotnote 4.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 505-506.

¹¹⁸ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 115-116, *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 51, *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 157.

Etter det som kommer frem fra rettskildene ovenfor er det klare holdepunkter for at tiltak som berøvelse av mat, medisiner, boliger og klær er handlinger som faller inn under art. 6(c).

4.2.3.4 Å påtvinge tiltak som tar sikte på å forhindre fødsler innen gruppen¹¹⁹

Spørsmålet er hvilke tiltak som faller inn under bestemmelsen og som tar sikte på å forhindre fødsler innen gruppen.

Etter ordlyden vil slike tiltak kunne være å tvinge noen til å ta abort, sparke de gravide i magen slik at det kan skade fosteret og slik at kvinnen aborterer, tvinge kvinnen til å ta prevensjon, tvangssterilisering og atskillelse av menn og kvinner fra hverandre.

Rettspraksis trekker i samme retning som den naturlige forståelsen av ordlyden. I både Akayesu-dommen og andre dommer fra Rwanda-domstolen, som fulgte Akayesu-dommen, tolket handlingen slik at den innebærer å påtvinge tiltak som tar sikte på å hindre fødsler kan inkludere kjønnslig/seksuell lemlestelse, praktisering av sterilisering, tvunget fødselskontroll, tvungen atskillelse av kvinner og menn, forbud mot ekteskap, og tvungen svangerskap i et patriarkisk samfunn slik at moren føder et barn som følgelig ikke vil høre til morens gruppe. Slike tiltak kan være fysiske eller psykiske, forutsatt at det gjennom trusler og traumer får offeret til å la være å avle/føde barn.¹²⁰

I dommer fra nasjonale domstoler som gjaldt handlinger begått under den andre verdenskrig, dømte domstolene gjerningsmennene for sterilisasjon og kastrering. I Hoess-dommen og Greifelt-dommen ble disse handlingene kvalifisert som folkemordshandlinger av typen nevnt i art. 6(d) av domstolene.¹²¹

¹¹⁹ PCNICC/2000/1/Add.2, art.6(d).

¹²⁰ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 507-508, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzndana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 117, *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 52, ICTR, *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 158.

¹²¹ *Poland v. Hoess*, (1948) 7 LRTWC 11 (Supreme National Tribunal of Poland), s. 25, *United States v. Greifelt et al.*, (1948) 13 LRTWC 1 (United States Military Tribunal), s. 17.

Denne typen folkemordshandling har blitt tolket relativt likt opp gjennom årene og har ikke skapt noen tolkningsproblemer. Ordlyd og rettspraksis fra internasjonale og nasjonale domstoler trekker i samme retning. Tiltak som tvangsabortering, tvangssterilisering eller annen måte å bli kvitt fostre på og hindre fødsler vil falle inn under art. 6(d).

4.2.3.5 Med makt å overføre barn fra gruppen til en annen gruppe¹²²

Handlingen å med makt overføre barn fra gruppen til en annen gruppe reiser to spørsmål. For det første er det et spørsmål om hva det vil si å overføre barna med makt. Det andre spørsmålet er om hvor grensen går for når et barn regnes som et barn.

Når det gjelder å overføre barn fra gruppen til en annen gruppe med makt vil det etter en naturlig forståelse av ordlyden kunne bety at barn blir tvunget fysisk og psykisk til å flytte fra gruppen de tilhører. Det kan foregå via trusler eller at gjerningsmannen tar dem med makt og overfører dem. Forbrytelselementene i art. 9 som har blitt nærmere utarbeidet av Den forberedende kommisjon har sagt at uttrykket ”med makt” ikke er begrenset til fysisk tvang, men kan også være trussel om makt eller tvang, slik at det skaper frykt for vold, frihetsberøvelse, arrest, psykisk undertrykkelse eller misbruk av makt, mot en slik person eller personer eller en annen person, eller å benytte seg av fordelene av tvingende omgivelser.¹²³ I Akayesu-dommen sa domstolen at det ikke bare var direkte fysisk tvangsoverføring, men også trusler om dette vil omfattes av denne handlingen.¹²⁴ Det som ble sagt om med makt å overføre barn i forbrytelselementene baserer seg på tolkningen i Akayesu-dommen. Det tyder på at de som utarbeidet Roma-vedtektene anså dette som gjeldende rett. Tolkningen av at ”med makt” inkluderer trusler og trauma som vil føre til overførsel og ikke bare den direkte fysiske overføringen er også fulgt av senere dommer i Rwanda-domstolen, slik som, Kayishema og Ruzindana-dommen, Rutaganda-dommen og Musema-dommen.¹²⁵

¹²² PCNICC/2000/1/Add.2, art.6 (e).

¹²³ Se PCNICC/2000/1/Add.2, art.6 (e) (1) fotnote 5.

¹²⁴ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 509.

¹²⁵ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 118, *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 53, *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 159.

Krstic-dommen har i sin tolkning lagt stor vekt på tolkningen i forbrytelseselementene, som jeg har snakket om overfor.¹²⁶ Det betyr at de også legger domstolen i Akayesu-dommen sin tolkning til grunn, siden forarbeidene igjen har basert seg på Akayesu-dommen.

Rettskildene har lagt til grunn samme forståelse av den underliggende handlingen. Det å overføre barn med makt inkluderer den direkte fysiske makten og psykiske makten, som trusler, som vil føre til en overføring fra gruppen til en annen.

Det neste spørsmålet er om hvor grensen går for når et barn regnes som et barn.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden vil et barn være et barn fram til han/hun har fylt 18 år. USA ville ha aldersgrensen til 15 år da forarbeidene til Roma-vedtektene ble diskutert. Dette ble forkastet blant annet på bakgrunn av Barnekonvensjonen av 1989, som omtrent er ratifisert av alle stater. Her blir et barn definert som et barn når det er under 18 år. Forbrytelseselementene endte med et flertall for 18 år og det er inkorporert i forarbeidene.¹²⁷

Det er klare holdepunkter fra de rettskildene vi har på området at grensen går ved fylte 18 år, etter det vil ikke personen være et barn.

4.2.4 Knytter det seg et kontekstuel vilkår til de underliggende handlingene

Spørsmålet er om det knytter seg et kontekstuel vilkår til de underliggende handlingene.

Det følger ikke direkte av ordlyden at det må foreligge et kontekstuel vilkår som knytter seg til de underliggende handlingene.

¹²⁶ *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 529.

¹²⁷ Se PCNICC/2000/1/Add.2, art.6(c).

I forbrytelselementene foreligger det et kontekstuellt vilkår som knytter seg til visse situasjoner hvor en av de underliggende handlingene har blitt begått.¹²⁸ Her gis det uttrykk for at noen handlinger ikke kan stå alene, de må begås i en spesiell sammenheng. Det blir oppstilt et kontekstuellt element til hver av folkemordshandlingene. Elementet er som følger:

”the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was a conduct that could itself effect such destruction.”¹²⁹

Det betyr at en enkelt handling kan føre til folkemord hvis handlingen er blitt begått i sammenheng med et åpenbart mønster av liknende handlinger som er rettet mot en gruppe eller at det foreligger en handling som i seg selv kan fremkalle en slik ødeleggelse. Begrepet ”i sammenheng med” (”in the context of”) vil ikke bare inkludere den allerede pågående folkemordshandlingen til en gjerningsmann, men også de handlingene som blir begått i den begynnende folkemordshandling, som igjen bidrar til et klart mønster. ”Åpenbart” (”manifest”) er en objektiv kvalifikasjon, således kan anklageren sikte en gjerningsmann der handlingen var rettet mot kun en person, men handlingen må ha foregått innenfor et åpenbart mønster av folkemorderisk handling. Setningen ”at det må være en slik handling som selv kan effektuere slik ødeleggelse” har blitt tatt inn for å dekke de sjeldne situasjoner hvor gjerningsmannen ikke handlet i et åpenbart mønster av folkemorderisk handling, men der hans handling i seg selv var av slik størrelse at den utgjør folkemord. Det knytter seg ikke et subjektivt vilkår til det kontekstuelle vilkåret. Gjerningsmannen må ikke vise at han visste at handlingen ble begått i denne sammenheng. En slik hensikt vil allerede følge etter hensiktsvilkåret i art. 6.¹³⁰

Rettspraksis har ikke bidratt mye i forbindelse med dette kontekstuelle vilkåret. Domstolen i Akayesu-dommen har uttrykt at en handling som er rettet mot en person kan utgjøre folkemord, så lenge personen var medlem av en spesifikk gruppe.¹³¹ Domstolen sier ingenting om en slik handling som rettes mot en person må begås i en

¹²⁸ Argumentene i drøftelsen er hentet fra Fischer, *Yearbook of International Humanitarian Law, Volume 3*, s. 282-283.

¹²⁹ Se PCNICC/2000/1/Add.2 art. 6(a)-(e).

¹³⁰ PCNICC/2000/1/Add.2, ”Introduction to the elements of crimes for genocide”.

¹³¹ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 521.

spesiell sammenheng. Andre dommer i Rwanda- og Jugoslaviadomstolen drøfter ikke dette spørsmålet.

Forbrytelseselementene er ikke bindende for domstolene. Selv om domstolen i Akayesu-dommen støtter opp om at folkemord også kan foreligge hvis en av de underliggende handlingene begås mot en person, legger de ikke til grunn et kontekstuellt vilkår. Andre rettskilder har heller ikke fulgt opp forbrytelseselementene. Uansett konklusjon vil ikke den praktiske betydningen av et slikt kontekstuellt vilkår være stor, på grunn av det spesielle hensiktsvilkåret folkemord krever. Den spesielle hensikten må uansett være oppfylt.

Det vil være vanskelig å bevise hensikten hvis for eksempel kun en person blir drept og drapet ikke er utført i sammenheng med tilsvarende handlinger.

4.3 De subjektive vilkårene

Art. 6 oppstiller et subjektivt vilkår. Det er et skyldkrav som krever at en gjerningsmann må ha den hensikt å ødelegge, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe, som sådan. Dette hensiktskravet skiller folkemord fra andre forbrytelser i art.6. Uansett om det er drap eller en av de andre fire handlingene i art. 6, så må de begås med den spesielle hensikten å ødelegge helt eller delvis en av de beskyttede gruppene. Den spesielle hensikten har flere komponenter. For det første må gjerningsmannens ødeleggelseshensikt være rettet mot en av de fire beskyttede gruppene. Det andre elementet er av en mer kvantitativ karakter. Det kreves at gjerningsmannens hensikt er å ødelegge gruppen helt eller delvis, som sådan. I tillegg til hensiktskravet i art. 6 så knytter det seg et alminnelig forsettskrav til hver av de underliggende handlingene. Dette skyldkravet reguleres i art. 30.

4.3.1 Innholdet i hensiktskravet

Det er to spørsmål som reiser seg i denne forbindelse. Det ene er om hva innholdet i hensiktskravet er. Det andre spørsmålet er hvordan hensikten kan bevises.

Det første spørsmålet er hva innholdet i hensiktskravet er. Det sentrale spørsmålet her er om det er tilstrekkelig med forsett slik det er definert i art. 30 eller om det kreves en kvalifisert grad av skyld.

Her er det viktig å ta utgangspunkt i den engelske teksten på grunn av at ”intent” ut fra en naturlig forståelse av ordlyden kan forstås på to måter. For det første kan ”intent” forstås som kvalifisert forsett, som vi på norsk også omtaler som hensikt. Med andre ord vil hensikten være oppfylt når gjerningsmannen hadde det formål å ødelegge en av de fire beskyttede gruppene helt eller delvis. For det andre kan ”intent” forstås som forsett i sin alminnelighet. Dette vil være slik art. 30 definerer skyldkravet og det vil føre til at andre former for skyld, som har en lavere grad enn formål, kan være nok for at gjerningsmann blir dømt. Den nedre formen av skyld vil her være *dolus eventualis*, som er en langt svakere krav til skyld enn hensiktskravet.

Den kvalifiserte formen for skyld er et velkjent konsept i det Romerskkontinentale rettssystem og omtales som *dolus specialis*. I følge dette rettssystemet er den spesielle hensikten hovedfaktoren i en hensiktslovovertrødelse, hvor forbrytelsen er karakterisert av et psykologisk forhold mellom det fysiske resultatet og sinnstilstanden til gjerningsmannen.¹³²

I utkastet til Folkemordkonvensjonen er det flere referanser til at det foreligger en spesiell hensikt når det gjelder folkemord. Det kommer her frem at folkemord er en virksomhet som har som formål, eller hensikt, å ødelegge en gruppe, helt eller delvis og at ofre blir valgt fordi de er medlem av en gruppe.¹³³ Dette tyder på at det kreves noe mer enn forsettskravet slik det er definert i art. 30.

Rettspraksis ser på ”intent” som en kvalifisert form for skyld. I Akayesu-dommen sa domstolen at hensikten kreves som en vesentlig faktor i en forbrytelse. Det kreves at gjerningsmannen klart forsøker å tilvirke den handlingen som han er tiltalt for. Med andre ord må gjerningsmannen ha en klar hensikt med å oppnå resultatet. Den spesielle

¹³² Se Akayesu-dommen. para. 518; Se spesielt Roger Merle og Andre Vitu, *Traite de droit criminel*, av Cujas, 1984, (first edition, 1967), s. 723.

¹³³ Se *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 590.

hensikten i folkemord vil derfor ligge i at gjerningsmannen må begå en av de underliggende handlingene med den hensikt å ødelegge, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan. Domstolen omtalte den spesielle hensikten som *dolus specialis*.¹³⁴ Retten påpekte videre at iverksettelsen av handlingen som gjerningsmannen begår strekker seg lenger enn den faktiske handlingen, for eksempel drap av et enkelt individ. Handlingen blir begått for å realisere et ytterligere motiv, som er å ødelegge, helt eller delvis, en gruppe. Derfor vil individet bare være et element på veien i denne prosessen.¹³⁵ Til slutt sa domstolen at hensikten er en mental faktor som er vanskelig å fastslå. Dette er grunnen til, i mangel av en uforbeholden tilståelse fra gjerningsmannen, at hensikten kan bli sluttet fra et antall forutsetninger.¹³⁶ Det blir et spørsmål om bevis og vil bli gjort rede for i spørsmål nummer to.

En annen problemstilling som ble tatt opp av domstolen i Akayesu-dommen var skyldkravet i forhold til medvirkning. Domstolen la til grunn at medvirkeren ikke selv må oppfylle kravet til kvalifisert forsett slik som gjerningsmannen må. Dersom medvirkeren forsettlig medvirker for eksempel til et drap og han vet eller har grunn til å tro at den umiddelbare gjerningsmannen handlet med den hensikt å begå folkemord, kan han straffes for medvirkning til folkemord. Dette gjelder uavhengig om han selv delte gjerningsmannens hensikt om å ødelegge gruppen.¹³⁷ Omvendt kan ikke medvirkeren straffes for medvirkning hvis han ikke vet eller ikke har grunn til å tro at gjerningsmannen hadde ødeleggelseshensikt. Det kan tyde på at domstolen har blandet sammen de to skyldkravene til medvirkeren og gjerningsmannen. Det mest sannsynlige er at folkemord i realiteten blir begått hvor gjerningsmannen mangler ødeleggelseshensikt, men blir påvirket av en overordnet. Det vil derfor være mer naturlig at medvirkeren kan være skyldig selv om hovedmannen manglet ødeleggelseshensikt, med andre ord ha et selvstendig skyldkrav uavhengig av gjerningsmannens hensikt.¹³⁸ Folkemordsbestemmelsen i vedtektene til Rwanda-domstolen inneholdt et medvirkningstillegg. Dette er ikke tatt med i art. 6 i Roma-vedtektene. Det vil derfor være uklart om dette også vil gjelde for

¹³⁴ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 498-499 og 517.

¹³⁵ *Ibid.*, para. 522.

¹³⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 521-522.

¹³⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 540-541.

¹³⁸ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 221.

folkemordbestemmelsen i Roma-vedtektene. Det virker heller ikke om at Akayesu-dommen har blitt fulgt opp av andre dommer.

Når det gjelder den spesielle hensikten er tolkningen i Akayesu-dommen blitt lagt til grunn i blant annet Kayishema og Ruzindana-dommen. Her sa domstolen at det måtte foreligge en spesiell hensikt, såkalt *dolus specialis*. I tillegg sa de at hensiktskravet også inneholdt noe mer. Selv om en spesifikk plan for å ødelegge en gruppe ikke er et vilkår for folkemord, vil det uansett være vanskelig å utføre folkemord uten en slik plan eller organisasjon. Domstolene vil derfor bruke en slik plan som bevis for at hensikten foreligger.¹³⁹ Dette drøftes det mer om under spørsmål to om bevis.

Domstolen i Rutaganda-dommen og Musema-dommen legger også til grunn at folkemord krever at gjerningsmannen klart tilsiktet å ødelegge en gruppe. Her har domstolen også lagt til grunn en kvalifisert form for skyld og følger domstolen i Akayesu-dommen om det videre innholdet i den spesielle hensikten.¹⁴⁰ Domstolen i Krstic-dommen har i sin avgjørelse lagt til grunn det som er sagt ovenfor om den spesielle hensikten.¹⁴¹

I kommentaren til ”1996 Code og Crimes against Peace and Security of Mankind”, sier Den Internasjonale Lovkommisjonen at de fem underliggende handlingene som er nevnt i art. 6(a)-(e) er av natur bevisste, forsettlig og viljesbestemte handlinger som et individ vanligvis ikke kan begå uten å vite om at visse konsekvenser sannsynligvis vil inntre. Det er slike handlinger som normalt ikke skjer tilfeldig eller som et resultat av ren uaktsomhet. Det vil likevel ikke være tilstrekkelig for forbrytelsen folkemord med et vanlig forsett å begå en av de underliggende handlingene kombinert med en vanlig forståelse av de sannsynlige konsekvensene av en slik handling med hensyn til offeret eller ofrene. Av den grunn kreves det noe i tillegg til det generelle forsettet, nemlig at gjerningsmannen har en spesiell sinnstilstand eller en spesiell hensikt.¹⁴²

¹³⁹ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 91 og 94.

¹⁴⁰ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 59; *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, dom av 27. januar 2000, para. 165-166.

¹⁴¹ *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. August 2001, para. 571.

¹⁴² Se Krstic-dommen para. 571; ”Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May-26 July 1995”, UN Doc A/51/10, s. 87.

Det er klare holdepunkter for at ”intent” i forhold til folkemord betyr et skjerpende forsettskrav som krever noe mer enn et alminnelig forsettskrav som definert i art. 30.

Det andre spørsmålet som reiser seg i forbindelse med innholdet i hensiktskravet er hvordan hensikten kan bevises.

Her vil rettspraksis bidra til en oppklaring. Etter domstolen i Akayesu-dommen er hensiktskravet umulig å fastslå. Det er grunnen til, i mangel av en uforbeholden tilståelse fra gjerningsmannen, at hensikten kan bli sluttet fra et visst antall forutsetninger av fakta. Dette kan bevises ut ifra den generelle sammenhengen av iverksettelsen av andre straffbare handlinger som systematisk er rettet mot den samme gruppen, uansett om de er begått av samme gjerningsmann eller ikke. Andre faktorer slike som skalaen av grusomheter som er begått, det faktum at det foregår bevisst og systematisk målretting av offer på bakgrunn av deres medlemskap av en særskilt gruppe, samtidig som andre personer fra andre grupper blir ekskludert, kan bidra til å bevise ødeleggelseshensikten.¹⁴³ I denne dommen var det i bevisene påvist en systematisk utførelse av drapene, lemlestelse av ofre for å immobilisere dem inntil de kunne bli drept, drap av nyfødte babyer, drap av hutukvinner som var blitt gjort gravide av tutsimenn (i tilfeller med blandet foreldreskap bestemte mennenes etniske opprinnelse barnets etniske tilhørighet), opprettelse av veisperring for å forhindre at tutsiene skulle flykte, bruk av radio for å sende ut anti-tutsi propaganda samt opplyse drapsmennene om tutsienes tilholdssted og omfattende beviser om at drapene hadde vært omhyggelig organisert.¹⁴⁴ Akayesu-dommen har skapt internasjonal juridisk presedens idet omfattende voldtekt av tutsikvinner ble brukt som bevis for at en folkemorderisk hensikt forelå.

Det er lagt til grunn lignende faktorer som bevis for folkemordshensikten i andre dommer både fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen. Det ble blant annet sagt i Kayishema og Ruzindana-dommen at den folkemorderiske hensikt kan bli sluttet fra ord og gjennom et mønster av målbevisste handlinger.

¹⁴³ *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, dom av 2. september 1998, para. 114 og 478.

¹⁴⁴ *Ibid.*, para. 115, 121, 123, 126.

Domstolen overveide spesielt bevis som den fysiske ødeleggelsen av gruppen eller dens eiendommer; våpnene som ble brukt og omfanget av fysisk skade; den metodiske måten å planlegge på og den systematiske drapsmåten.¹⁴⁵ Det ble også tatt i betraktning en henrettelsesliste som hadde tutsieliten; regjeringsstatsråder; ledende forretningsmenn og professorer som mål. Bruken av mediene til å spre ut anti-tutsi propaganda, utdeling av våpen til militæret og bruken av veisperringer for å lokalisere tutsiene, som deretter ble slått i hjel, var også faktorer som sammen med det høye antall ofre førte til at den folkemorderiske hensikten ble bevist.¹⁴⁶ I Rutaganda-dommen la domstolen til grunn at den folkemorderiske hensikten var tilstede på bakgrunn av blant annet at Rutaganda deltok aktivt i mordene som ble begått over et stort område; han hadde en autoritativ posisjon på grunn av sin sosiale plass i samfunnet; ofrene ble systematisk valgt fordi de tilhørte tutsigruppen.¹⁴⁷

Det bemerkes at det er de samme faktorene som går igjen i alle dommene, og alle domstolene er enige om at domstolen selv må avgjøre bevisspørsmålet fra sak til sak.

4.3.2 Hva må hensikten dekke

Etter ordlyden i art. 6 må hensikten dekke at gjerningsmannen må ha den hensikt å ødelegge hele eller deler av en gruppe. Spørsmålet blir hva som skal til for å ødelegge en gruppe helt eller delvis.

Etter en naturlig forståelse av ordlyden vil ødeleggelse av hele eller deler av en gruppe kunne bety at gjerningsmannen har den hensikt å ødelegge hele gruppen eller en stor del av gruppen. Det burde etter ordlyden være nok at gjerningsmannen har den hensikt å ødelegge store deler av gruppen, ikke bare hele, men sier ikke noe om hva som ligger i uttrykket ”deler av”.

¹⁴⁵ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 93.

¹⁴⁶ *Ibid.*, para. 291.

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, dom av 6. desember 1999, para. 399-400.

Forarbeidene til Folkemordkonvensjonen gir ingen indikasjon på hva de som utarbeidet Konvensjonen mente hva ”deler av” skulle bety. Noen delegasjoner i Den forberedende kommisjon etterlyste en avklaring av betegnelsen ”deler av”, men det ble aldri gitt.¹⁴⁸

I det siste utkastet til Roma-vedtektene i Den foreberedende kommisjon bemerkes det at referansen til ”hensikten med å ødelegge, hele eller deler av en gruppe som sådan” skulle forstås som å referere til den spesielle hensikten å ødelegge mer enn et ubetydelig antall nummer av individer som var medlemmer av en gruppe.¹⁴⁹ I forbindelse med arbeidet med Roma-vedtektene ble det også i 1992 utarbeidet en rapport, ”The Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council resolution 780”, som bekreftet denne tolkningen. Den sa også at hensikten med å ødelegge spesifikke deler av en gruppe, slik som dens politiske, administrative, intellektuelle eller forretningsledere, kan være en sterk indikasjon på folkemord uansett hvor mange som egentlig er drept. Rapporten sier også at det er nødvendig å se på angrepet på ledelsen i sammenheng med hva som skjer med resten av gruppen. Hvis en gruppe mister ledelsen i et angrep og av den grunn blir gjenstand for fryktelig handlinger selv, som forvisning, burde massen av krenkelser bli tatt i betraktning i tolkningen av bestemmelsen i Folkemordkonvensjonen i tråd med dens formål.¹⁵⁰ Hensikten og formålet med Folkemordkonvensjonen og dermed også folkemordbestemmelsen i Roma-vedtektene vil være å kriminalisere spesifiserte handlemåter som er rettet mot eksistensen til beskyttede grupper, som sådan. Dette må da også gjelde deler av disse beskyttede gruppene.

Rettspraksis har i sin tolkning lagt vekt på at det holder at deler av gruppen er tiltenkt uttryddet. I Kayishema og Ruzindana-dommen ble det uttalt at det kreves at hensikten med å ødelegge deler av en gruppe må ramme et betydelig antall individer.¹⁵¹ I en annen dom fra Rwanda-domstolen, Bagilishema-dommen, sa domstolen at ødeleggelsen må søke å ramme minst en vesentlig del av gruppen.¹⁵²

¹⁴⁸ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. Doc. A/51/22, Vol. I, s.17, para. 60.

¹⁴⁹ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 236; ”Draft Statute for the International Criminal Court. Part 2. Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law”, UN Doc. A/AC.249/1998/CRP.8, s. 2, footnote 1.

¹⁵⁰ Se Jelisić-dommen. Para. 82; *Report of the Commission of Experts*, UN Doc. S/1994/674, para. 94.

¹⁵¹ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-T, dom av 21. mai 1999, para. 97.

¹⁵² *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, dom av 7. juni 2001, para. 64.

I Jelisić-dommen kom domstolen frem til at gjerningsmannen må ha den hensikt å ødelegge en vesentlig del av gruppen. Det ble i tillegg sagt at deler av en gruppe kan oppfylle vesentlighetskravet enten fordi hensikten var å forsøke å skade et stort flertall av gruppene eller de mest representative i samfunnet. Domstolen poengterte også at angrepet mot ledelsen må ses i sammenheng med skjebnen til resten av gruppen.¹⁵³ Dette viser at en betydelig del av gruppen ikke nødvendigvis må være et høyt antall ofre, et begrenset antall ofre kan også bety at hensikten om å ødelegge deler av gruppen er tilstede. Det er et betydelig antall ofre i en kvalitativ og kvantitativ forstand som gjelder.

I Krstić-dommen sa domstolen at den hensikt å ødelegge en gruppe, selv om bare delvis, betyr å forsøke å ødelegge en atskilt del av gruppen i motsetning til en opphoping av enkeltstående individer innenfor den. Selv om gjerningsmennene ikke trenger å ha det formål å ødelegge hele gruppen, så må de betrakte den delen av gruppen som de ønsker å ødelegge som en særskilt helhet som må fjernes som sådan. Domstolen sier videre at det er viktig å se på sammenhengen hvor den fysiske ødeleggelse foregår.¹⁵⁴

I teorien har det også blitt gjort forsøk på å tolke hva som ligger i ”hele eller deler av”. I følge William Schabas viser de tilfellene hvor det har foregått folkemord, som under andre verdenskrig, i Rwanda og i Armenia, at dette er blitt gjort med den hensikt å ødelegge kun deler av gruppene. Det er ikke blitt prøvd å utrydde gruppene utover grensene i for eksempel Rwanda. Det er disse tilfellene som er ment å bli dekket av art. II i Folkemordkonvensjonen.¹⁵⁵ Det er også blitt sagt i teorien at det virkelige poenget med bestemmelsen i Folkemordkonvensjonen er at den skal omfatte folkemord som retter seg mot en del av et land eller en enkelt by. Robinson fortsetter med å si at folkemord sikter på å ødelegge:

”a multitude of persons of the same group, as long as the number is substantial.”¹⁵⁶

¹⁵³ *Prosecutor v. Jelisić*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 82.

¹⁵⁴ *Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33, dom av 2. August 2001, para. 590.

¹⁵⁵ William Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, s. 235.

¹⁵⁶ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 235; Robinson, *Genocide Convention*, s. 63.

Det som kommer til uttrykk her er at det er snakk om folkemord så lenge en vesentlig del av en gruppe blir utryddet. Dette er i tråd med hvordan rettspraksis har tolket bestemmelsen. Selv om teorien snakker om Folkemordkonvensjonen vil dette allikevel gjelde for art. 6 i Roma-vedtektene. Art. 6 er som sagt tidligere ren avskrift av art. II i Folkemordkonvensjonen. Hvis vi ser på senere internasjonale instrumenter som Den Internasjonale Lov Kommissjonen, ser vi at de har i sitt arbeid også tolket ”helt eller deler av” som at det er nok at en vesentlig del av gruppen blir utryddet. Det er hensikten om å utrydde en gruppe som er viktig i folkemord. Det trengs ikke å ha oppnådd det endelige resultatet.¹⁵⁷

I 1982 vedtok FNs Generalforsamling en resolusjon som erklærte at massakren av et par hundre ofre i palestinske flyktningssleire var en folkemordshandling.¹⁵⁸

En resolusjon fra Generalforsamlingen i FN kan i teorien være til betydelig hjelp for å tolke omfanget av ordene ”deler av” og hva dette innebærer. Resolusjonen kan være en form for autentisk tolkning eller rett og slett en indikasjon på *opinio juris*, et av vilkårene for at sedvanerett foreligger. Men denne resolusjonen svekkes ved at avstemningen ikke var enstemmig. Det virket også som at statene brukte betegnelsen folkemord for å uttrykke hvor opprørt de var over grusomhetene som ble begått. Resolusjonen vil derfor ikke ha så mye å si for tolkningen av ordene ”hele eller deler av”. Rettspraksis og teori har også uttrykt at denne resolusjonen ikke kan ha stor vekt.¹⁵⁹

På bakgrunn av det som er sagt er det klare holdepunkter for at deler av en gruppe kan være offer for en folkemordshandling og folkemordshensikt. Dette kravet vil være oppfylt hvis gjerningsmannen har den hensikt å ødelegge en vesentlig del av gruppen. Dette kan være et betydelig antall individer som blir drept eller det kan være de mest representative personene i gruppen, slik som myndighetene eller viktige forretningsfolk. Det trengs ikke nødvendigvis å være et høyt antall ofre, en gruppen trenger ikke å ha tusenvis av medlemmer.

¹⁵⁷ Se Schabas, *Genocide in International Law*, s. 236; ”Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Eighth Session, 6 May- 26 July 1996”, UN Doc. A/51/10, s. 88 og 126.

¹⁵⁸ GA Res. 37/123 D. Se kapittel 10.

¹⁵⁹ *Prosecutor v. Jelavic*, IT-95-10-T, dom av 14. desember 1999, para. 83; Antonio Cassese, *Violence and Law in the Modern Age*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988, s. 82-84.

4.3.2.1 Geografiske begrensninger

Et spørsmål som reiser seg i forbindelse med hva hensikten må dekke, det vil si ordene ”helt eller deler av”, er om en gjerningsmann kan ha den hensikt å ødelegge en gruppe innenfor et geografisk begrenset område og det allikevel kan karakteriseres som folkemord. Dette kan oppstå hvor alle de ulike gruppene er spredt ut over et stort geografisk område eller over ulike områder. Det kan også være situasjoner hvor de ulike gruppene faktisk befinner seg på områder som ikke er en del av konflikten.

Ordlyden sier ikke mye om slike geografiske begrensninger. Anvisningen til at en hensikt å ødelegge deler av en gruppe omfattes kan muligens tyde på at det ikke finnes geografiske begrensninger, det er fremdeles snakk om folkemord selv handlingene begås mot medlemmer av en gruppe innenfor et geografisk begrenset område, men ordlyden er her ikke klar.

Hensikten og formålet med Folkemordkonvensjonen kan tale for at folkemord også kan begås innenfor et begrenset geografisk område. Hensikten og formålet vil jo blant annet være å kriminalisere spesifikke handlemåter som er rettet mot hele eksistensen til en beskyttet gruppe som sådan. Om denne eksistensen blir truet i et begrenset geografisk område eller ikke, så spiller ikke det noen rolle. Eksistensen til gruppen er truet uansett hvor det skjer og så lenge de andre vilkårene for folkemord foreligger kan gjerningsmannen dømmes.

Rettspraksis har i et par dommer tatt opp temaet. I Jelisic-dommen fastslo domstolen at det var alminnelig anerkjent at folkemord kan bli begått i et geografisk begrenset område. I Krstic-dommen var gjerningsmannen tiltalt for planlagt folkemord i et begrenset område, Srebrenica, hvor 7000-8000 bosnisk muslimere, alle menn i militær alder, ble drept. Domstolen sa at hensikten å utrydde en gruppe innenfor et begrenset geografisk område slik som en region i et land eller til og med en kommune kan bli karakterisert som folkemord.¹⁶⁰ Videre uttalte domstolen at drap av et høyt antall personer som blir begått på ulike steder i et stort geografisk område vil ikke nødvendigvis kvalifisere til folkemord. Dette vil ikke vise at gjerningsmannen har den

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Krstic*, IT-98-33, dom av 2. august 2001, para. 589.

hensikt å ha eksistensen til en gruppe som mål. Men omvendt vil drap av et lavere antall ofre innenfor et lite geografisk område kvalifiserer til folkemord hvis hensikten er å ødelegge deler av gruppen som sådan beliggende i dette lille geografiske område.

Domstolen mente videre at den fysiske ødeleggelsen kan ha bare en del av den geografisk begrenset delen av den større gruppen fordi gjerningsmennene som begår folkemord betrakter den tilsiktete ødeleggelsen som tilstrekkelig for å tilintetgjøre gruppen som en distinkt helhet i det geografiske område det dreier seg om.¹⁶¹

Andre kilder har også lagt til grunn at folkemord kan begås innenfor et geografisk begrenset område. FNs Generalforsamling karakteriserte massakren i Sabra og Shatila som folkemord. Her ble ca 800 palestinere drept i et begrenset område.¹⁶² To dommer fra en tysk domstol gitt uttrykk for det synspunktet at folkemord kan bli begått innenfor et begrenset geografisk område. ”Deler av” ble tolket slik at det inkluderte hensikten å ødelegge en gruppe innenfor et begrenset område.¹⁶³

På bakgrunn av det som er sagt ovenfor tyder et på det kan foreligge folkemord selv gjerningsmannen har den hensikt å ødelegge en gruppe innenfor et geografisk begrenset område.

4.3.3 Gjerningsmannen må ha den hensikt å ødelegge en gruppe som sådan

Spørsmålet er hva som ligger i at gjerningsmannen må ha den hensikt å ødelegge en gruppe som sådan.

Som sådan henger sammen med hensikten med å ødelegge hele eller deler av en gruppe.

Som sådan vil være motivet, mens hensikten er det forsettlige.

Ordene ble inntatt i bestemmelsen som et kompromiss mellom de delegasjonene som følte at det burde kreves et eksplisitt motiv og de som mente at dette var unødvendig.

¹⁶¹ Ibid., para. 590.

¹⁶² Se Krstic-dommen, para. 589; UN Doc. AG/Res. 37/123D, 16. desember 1982, para. 2.

¹⁶³ Düsseldorf Supreme Court, *Nikola Jorgic case*, 30. april 1999, 3StR 215/98, para 23; og Bavarian Appeals Court, *Novislav Djajic case*, 23. mai 1997, 3 St 20/96, del VI, s. 24.

Det løser imidlertid ingenting og gjør bestemmelsen uklar i forhold til om bevis om et folkemorderisk motiv er et vesentlig element i forbrytelsen eller ikke. Forarbeidene sier ingenting om dette. Rettspraksis er like stille, domstolen i Rwanda-domstolen har unngått å ta stilling til spørsmålet. Betydningen av uttrykket ”som sådan” er derfor ikke avklart.

5 Avslutning

5.1 Oppsummering av utviklingen av forbrytelsen folkemord

Definisjonen av forbrytelsen folkemord har vært konstant helt fra 1948 i Folkemordkonvensjonen og til den samme definisjonen ble lagt til grunn i Roma-vedtektene. Dette hindrer imidlertid ikke at innholdet likevel kan utvikle seg, samt at områder som har vært uklare kan bli avklart. Definisjonen av folkemord er anerkjent som internasjonal sedvanerett og den vil kunne utvikle seg gjennom rettspraksis.

De fire gruppene i art. 6, nasjonal, etnisk, rasemessig og religiøs grupper, har blitt tolket ganske vidt helt fra begynnelsen av. De overlapper hverandre til en stor del. Akayesu-dommen kan ha åpnet for at de beskyttede gruppene har to felles kjennetegn, stabile og varige. En del dommer legger også dette til grunn. Domstolen i Akayesu-dommen utarbeidet i tillegg en definisjon til hver av gruppene, noe som ikke var blitt gjort før. Disse definisjonene er ikke anerkjent og kan ikke bli ansett som gjeldene rett. Det er heller bruk av en subjektiv tilnærming som avgjør om en gruppe kan anses som en av de fire gruppene i art. 6.

Definisjonen i Folkemordkonvensjonen har blitt kritisert fordi den ikke omfatter ikke utryddelse av politiske grupper eller kulturelt folkemord (ødeleggelse av språket eller kulturen til en gruppe). Akayesu-dommen kan ha konkludert med at andre grupper enn de fire om er nevnt i bestemmelsen også kan beskyttes, så lenge de er stabile og varige grupper. Denne tolkningen har imidlertid ikke fått støtte. Gjeldende rett er fremdeles slik at andre grupper enn nasjonale, etniske, rasemessige og religiøse grupper vil

beskyttes av art. 6. Kulturelt folkemord har også blitt avvist av rettspraksis, men kulturelle elementer kan være relevante som bevis for at det foreligger en hensikt å ødelegge en gruppe. Dette er nytt, men ellers vil rettstilstanden være den samme nå som da Folkemordkonvensjonen ble vedtatt.

Gjerningsmannens oppfatning om en person er medlem av en gruppe har fått større betydning. Alle dommene fra Rwanda- og Jugoslaviadomstolen har lagt til grunn dette.

Når det gjelder de underliggende handlingene har Akayesu-dommen bidratt i utviklingen av hvilke skader som omfattes i handlingen under art. 6(b). Voldtekt og andre seksuelle forbrytelser har fått en større plass. Det er anerkjent at disse typene av skader både er legemlig og psykisk skade.

De underliggende handlingene må være begått i den hensikt å ødelegge, helt eller delvis, en nasjonal, etnisk, rasemessig eller religiøs gruppe som sådan. Ved folkemord er det disse vernede gruppene, ikke individene som sådan, som anses som ofre. Helt fra begynnelsen av har skyldkravet i folkemordsbestemmelsen blitt ansett som et kvalifisert forsett. Når det gjelder å bevise den spesielle hensikten har det derimot alltid skapt problemer. Akayesu-dommen har gjort dette enklere. Domstolen la til grunn at ved mangel av en uforbeholden tilståelse fra gjerningsmannen, så kan hensikten bli sluttet fra et visst antall forutsetninger av fakta. Dette kan blant annet bevises ut ifra den generelle sammenhengen av iverksettelsen av andre straffbare handlinger som systematisk er rettet mot den samme gruppen, uansett om de er begått av samme gjerningsmann eller ikke. Dette har blitt fulgt opp av alle andre dommer i Rwanda- og Jugoslaviadomstolen og kan sies å gi uttrykk for gjeldende rett. Akayesu-dommen har også skapt internasjonal juridisk presedens idet omfattende voldtekt av tutsikvinner ble brukt som bevis for at en folkemorderisk hensikt forelå. Rettstilstanden har som vi ser forandret seg gjennom rettspraksis.

I forhold til hva hensikten må dekke har rettspraksis bidratt noe på dette området. Det er klare holdepunkter for kravet er oppfylt dersom gjerningsmannen har den hensikt å ødelegge en vesentlig del av gruppen. Det er fremdeles litt uklart hva som ligger i en vesentlig del. Rettspraksis har lagt til grunn både et vesentlig antall ofre eller at viktige

og fremstående personer i gruppen har blitt offer for en av de underliggende handlingene. Det har ikke foregått noen særlig utvikling her.

Innholdet i folkemord har ikke forandret seg radikalt opp gjennom årene. Noen vilkår har blitt klarere, men mye er fremdeles uklart. Det vil fremdeles forekomme tolkningsproblemer. På områder der Folkemordkonvensjonen ble kritisert har ikke mye blitt forbedret. Det er fremdeles en snever bestemmelse som ikke omfatter for eksempel politiske grupper.

5.2 Begrensninger i oppgaven

Litteratur som omhandler folkemord finnes først og fremst i utenlandsk litteratur. Dette er kun en 10 vekttalls oppgave, så det er vanskelig å fa tak i slik litteratur på så kort tid. Oppgaven baserer seg derfor stort sett på hovedlitteraturen og referanser til annen litteratur er funnet her.

Litteraturliste:

Cassese, Antonio. *International Law*. Oxford University Press 2001. ISBN 0-19-829998-2.

Cassese, Antonio. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary, Vol. I*. A. Cassese, P. Gaeta, J. Jones. Oxford University Press 2000, s. 335-351. ISBN 0-19-924312-3.

Fischer, H. *Yearbook of International Humanitarian Law, Volume 3*. H. Fischer, A. McDonald. T.M.C Asser Press 2003, s. 282-283. ISBN 90-6704-140-8.

Genocide Watch. Redigert av Helen Fein. Yale University Press 1992. ISBN 0-300-04801-7.

Kittichaisaree, Kriangsak. *International Criminal Law*. Oxford University Press 2001. ISBN 0-19-876577-0.

Markusen, Erik. *Hvad er folkemord? – en søgen efter svar*. Tilgang: http://www.dchf.dk/publications_dk/den_jyske_hist/markusen_djh.html.

Schabas, William. *An Introduction to The International Criminal Court*. Cambridge University Press 2001. ISBN 0-521-80457-4.

Schabas, William. *Genocide in International Law*. Cambridge University Press 2000. ISBN 0-521-78262-7.

The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence. Redigert av Roy Lee.....[et al.]. Transnational Publishers, Inc., New York, c2001. ISBN 1-57105-209-7

Triffterer Otto. *Commentary on the Roma Statute of the International Criminal Court: Observers` Notes, Article by Article*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999. ISBN 3-7890-6173-5.

A